

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CLOTURE
POUR INSUFFISANCE D'ACTIF
DES
OPÉRATIONS D'UNE FAILLITE
ET DE LEUR RÉOUVERTURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le Vendredi 8 Mars 1929, à 14 heures

PAR

Alexandre LEFÈVRE

Président : M. PERCEROU, professeur

Suffragants { *MM. MOREL, professeur*
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, professeur

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1929

**DE LA CLOTURE
POUR INSUFFISANCE D'ACTIF
DES
OPÉRATIONS D'UNE FAILLITE
ET DE LEUR RÉOUVERTURE**

DE LA CLOTURE
POUR INSUFFISANCE D'ACTIF
DES
OPÉRATIONS D'UNE FAILLITE
ET DE LEUR RÉOUVERTURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le Vendredi 8 Mars 1929, à 14 heures

PAR

Alexandre LEFÈVRE

Président : M. PERCEROU, professeur
Suffragants { *MM. MOREL, professeur*
 { *JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, professeur*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1929



INTRODUCTION

La faillite est une procédure spéciale qui a pour but de permettre à un débiteur commerçant de soumettre à ses créanciers un concordat le remettant à la tête de ses affaires. A défaut de concordat, les créanciers sont constitués en état d'union et l'actif du débiteur est réalisé par le syndic pour leur être réparti.

Avant de parvenir à l'assemblée au cours de laquelle les créanciers, réunis sous la présidence du juge-commissaire, auront à se prononcer sur les propositions concordataires qui leur seront faites, il faut procéder à la vérification et à l'affirmation des créances produites. Les créanciers sont convoqués pour remplir toutes ces formalités par insertions dans les journaux d'annonces légales et par lettres du greffier. De là, des frais auxquels il doit être fait face pour que les opérations de la faillite puissent suivre leur cours.

Les fonds nécessaires sont le plus souvent fournis par le débiteur lui-même ou bien ils sont prélevés par le syndic sur l'actif qu'il a pu réaliser.

Qu'advient-il lorsqu'au contraire il n'existe pas fonds suffisants pour faire face à ces frais ?

Le Code de Commerce de 1807 n'avait pas prévu cette éventualité et aucune de ses dispositions ne visait cette situation. Lorsque les fonds manquaient, les opérations de la faillite étaient arrêtées et le jugement déclaratif subsistait avec tous ses effets.

Ce silence du Code de Commerce avait une première conséquence fâcheuse. De nombreuses faillites ainsi suspendues en fait figuraient toujours sur les tableaux des Tribunaux de Commerce. Chaque année, au moment du renouvellement du Tribunal, il fallait procéder par jugement au remplacement des Juges-Commissaires. C'étaient des formalités et des dépenses inutiles.

Cet oubli du législateur de 1807 avait, dans un autre ordre d'idées, des effets d'une gravité beaucoup plus grande.

Lorsque l'actif ne permettait même pas de faire face aux frais indispensables, le syndic ne s'occupait plus de l'affaire, tout restait en l'état : le débiteur continuait à bénéficier des effets de la faillite qui lui étaient favorables.

Pendant ce temps il pouvait acquérir de nouveaux biens et en jouir sans être inquiété car, si le syndic conservait son droit d'appréhender ces nouveaux biens au profit de la masse, le plus souvent ces acquisitions n'arrivaient pas à sa connaissance surtout lorsque le failli avait pris le soin d'aller exercer son activité dans un autre ressort. Quant aux créanciers, ils étaient

démunis de tout moyen d'action : le jugement déclaratif de faillite avait suspendu l'exercice de leurs actions individuelles tant sur les biens que sur la personne de leur débiteur et, la faillite restant ouverte, ils ne pouvaient le reprendre.

Cette situation, pour ainsi dire privilégiée, faite au commerçant qui se trouvait dans les liens d'une faillite arrêtée faute de fonds pour en suivre les opérations ne tarda pas à engendrer des abus. Les commerçants malhonnêtes, se voyant poursuivis, dilapidaient tout leur actif et la faillite était ensuite prononcée. Comme il était impossible d'en suivre les opérations, ils jouissaient d'une entière immunité. La crainte de la banqueroute ne suffisait pas pour mettre obstacle à ces agissements.

Si bien que la faillite, créée en vue de satisfaire les intérêts des créanciers, aboutissait, dans ce cas, à une véritable protection donnée au débiteur. Aussi, peu à peu, le nombre des faillites arrêtées faute de fonds était-il devenu considérable. Les comptes rendus annuels de la justice civile et commerciale font apparaître que de 1817 à 1827 la proportion des faillites arrêtées était de 27 % par rapport au nombre total des faillites terminées.

En présence de ces faits alarmants, le législateur s'est ému et la loi du 28 mai 1838 a cherché à parer au manque de fonds par deux moyens.

D'abord, pour le début des opérations, elle prescrit

que le Trésor Public devra faire l'avance des premiers frais (art. 461 C. Com. révisé en 1838). Mais ce texte n'assure pas la gratuité complète de la procédure. Il énumère les frais qui seront à avancer par le Trésor et comme il constitue, de toute évidence, une exception au droit commun, il doit être interprété de manière restrictive.

Si, malgré les avances ainsi faites par le Trésor, il n'y a pas de fonds pour suivre les opérations de la faillite, la loi de 1838 a institué dans les articles 527 et 528 nouveaux du Code de Commerce la clôture pour insuffisance d'actif.

Le but de cette institution nouvelle était de remédier aux inconvénients que nous avons signalés. A ce sujet, M. Renouard, rapporteur de la loi de 1838, s'exprimait en ces termes : (1).

« Cette mesure... est juste. Pourquoi continuer nominalement des opérations que l'on ne peut mettre à fin et dont l'unique résultat est de tenir en suspens l'état du failli, la condition des créanciers et des tiers avec lesquels il contracterait et de surcharger d'affaires inutiles les rôles et les greffes des Tribunaux ? Cette clôture doit avoir des effets sévères, car tout porte à croire que le failli ne sera arrivé à cette absorption totale de son actif que par des

(1) *Moniteur Universel*, 31 Janvier 1838, page 218, 2^e col. Duvergier. *Lois, Décrets et Ordonnances*. Loi du 28 Mai 1838.

« fraudes ou des négligences bien peu pardonnables ».

La réforme a consisté à faire rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles tant contre la personne que contre les biens du failli. Celui-ci n'allait donc plus trouver dans le manque absolu de fonds le moyen d'échapper à la surveillance de son syndic et en même temps de se trouver à l'abri des poursuites de ses créanciers.

Désormais, lorsqu'une faillite ne pourra suivre son cours, faute de fonds, le débiteur devra subir toutes les déchéances civiles, politiques ou professionnelles qui accompagnent la déclaration de faillite et il n'aura plus, en compensation, l'immunité que lui laissait la législation antérieure. On espérait que la perspective de se trouver en face de leurs créanciers, en butte à leur mauvaise humeur, au lieu de rencontrer le syndic, « homme généralement plus conciliant » (1), allait donner à réfléchir aux faillis. On pensait que cette sanction nouvelle allait les faire sortir de leur inertie et qu'ils allaient faire tous leurs efforts pour éviter cette reprise des poursuites individuelles et avec celles-ci le droit pour chacun des créanciers de les faire emprisonner.

Pour permettre au failli de s'assurer les concours nécessaires, un délai d'un mois lui était accordé pendant lequel les effets de la clôture étaient suspendus.

(1) Thaller. Des faillites en Droit comparé. T. I p. 208.

Si, à l'expiration de ce délai, le débiteur n'avait pas fait preuve de bonne volonté, la loi devait le frapper avec toute la sévérité qu'avait préconisée M. Renouard dans son rapport. Une mesure de clémence avait bien été proposée par M. Desmonts (1) lors de la discussion de la loi, mais elle fut rejetée. L'amendement portait que le failli pourrait, suivant les circonstances, être déclaré excusable. Il ne fut pas adopté, car il aurait détruit un des effets de la réforme : la déclaration d'excusabilité rend, en effet, impossible la contrainte par corps (art. 539 C. Com).

La situation faite aux créanciers et aux tiers par cette clôture pour insuffisance d'actif n'est pas, ainsi que nous aurons à l'exposer, exempte d'inconvénients.

Il fallait donc, dans l'intérêt de ces créanciers et de ces tiers, prévoir que les opérations suspendues pourraient reprendre et suivre normalement leurs cours dès que cela serait possible.

Il fallait aussi permettre au débiteur malheureux ou repentant de se soustraire aux conséquences rigoureuses du jugement de clôture en lui donnant la possibilité de faire suivre les opérations de sa faillite et d'arriver soit par un concordat, soit par une déclaration d'excusabilité, au terme de la procédure, à une immunité définitive.

C'est pour répondre à ces nécessités que le législa-

(1) Duvergier. Lois, Décrets et Ordonnances. Loi du 28 Mai 1838.

teur a organisé la Réouverture des opérations de la faillite.

Tels étaient donc la réforme votée le 28 mai 1838 et les espoirs que nourrissaient ses auteurs. Les événements postérieurs leur donnèrent raison et apportèrent la preuve qu'on avait touché au point sensible.

En effet, l'examen des statistiques fournies par le Compte-Rendu annuel de la Justice Civile et Commerciale permet de se rendre compte de l'efficacité de la mesure qui venait d'être prise.

La proportion des faillites dont les opérations ne suivaient pas leur cours par suite du manque de fonds qui était, comme nous l'avons signalé, par rapport au nombre total des faillites terminées, de 27 % entre 1817 et 1826, s'est abaissée immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. De 1841 à 1845, la proportion n'était plus que de 25 % et de 1846 à 1850, que de 18 %.

Pour les années suivantes, le tableau ci-après (1) permet de constater que le nombre des clôtures, bien que variant quelquefois en importance d'une année à l'autre, reste relativement faible et que la proportion par rapport aux affaires terminées demeure toujours en-dessous de celle que nous avons signalée pour les années précédant la réforme.

(1) Ces chiffres ont été relevés dans un article de M. Sabatier. Essai sur les faillites clôturées pour insuf. d'actif. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*. Année 1878, p. 344 et suivantes.

ANNÉES	FRANCE			TRIBUNAL DE COMMERCE DE LA SEINE		
	Nombre total d'affaires terminées	Nombre d'affaires clôturées	Proportion	Nombre total d'affaires terminées	Nombre d'affaires clôturées	Proportion
1850	3.019	579	19 %	706	100	14 %
1851	2 472	525	21	538	103	19,4
1852	2 755	499	18	643	116	17,6
1853	2 999	769	26,4	609	109	18
1854	3 353	659	19,9	747	134	18
1855	3 470	665	19	887	135	15,3
1856	4.088	814	20	932	131	14
1857	3.849	725	19	881	138	14,5
1858	4.281	785	18,6	969	126	13
1859	4 420	899	20	1.081	150	15
1860	4 211	842	20	1.243	246	20
1861	4.833	986	20	1.252	321	26,7
1862	5.294	1.143	21	1.781	398	27
1863	5.124	1.124	22	1.714	408	24
1864	5.137	1.295	25	1.627	434	27
1865	4.926	1.211	24	1.626	478	23
1866	5.111	1.239	24	1.729	501	29
1867	5.637	1.576	28	1.778	596	35
1868	6.065	1.909	31	2.057	865	43
1869	6.198	2.061	33	2.237	987	44,8

La simple lecture de ce tableau nous permet, en effet, de constater que la moyenne générale des faillites clôturées pour insuffisance d'actif dans toute la France s'est trouvée ramenée entre les années 1850 et 1867 à 19 % environ soit de 8 % en diminution sur celle des années antérieures à 1838. Dans le ressort même du Tribunal de Commerce de la Seine où, cependant, se trouvent plus facilement attirés les commerçants moins scrupuleux, il eut été presque logique que la proportion des clôtures pour insuffisance d'actif fût supérieure à la proportion moyenne des autres Tribunaux de Commerce. Il n'en a rien été, tant les effets

rigoureux qui y étaient attachés faisaient redouter la clôture pour insuffisance d'actif.

Nous n'avons, jusqu'à présent, considéré que les chiffres se rapportant aux années 1850 à 1867. Or, à notre tableau figurent également les années 1868 et 1869 : les chiffres portés en regard ne sont pas sans produire une vive impression. La moyenne qui s'était déjà accrue entre les années 1866 et 1867 dans la France de 24 % à 28 % passait encore brusquement de 28 à 31, puis 33 %. Dans le ressort du Tribunal de la Seine la progression était encore plus forte : de 29 % en 1866, on passait à 35 % en 1867, puis 43 et 44 % en 1868 et 1869.

Ces nouveaux chiffres laissent à penser que la réforme qui avait produit de si heureux résultats pendant les trente premières années était subitement devenue sans effet. Mais la cause de ce mal ne doit pas être cherchée dans un vice particulier à la clôture pour insuffisance d'actif telle qu'elle avait été organisée en 1838.

C'est en effet une loi nouvelle et d'ordre plus général qui avait fait aussi rapidement augmenter le nombre des faillites clôturées faute d'actif. Nous voulons parler de la loi du 22 juillet 1867 qui a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

Nous ne songeons pas à reprendre ici la discussion connue sur l'opportunité de cette ancienne voie d'exécution ou sur les motifs d'humanité qui ont pu justifier

son abolition. Nous devons seulement nous attacher à l'influence que cette loi du 22 juillet 1867 a pu avoir sur le nombre des clôtures pour insuffisance d'actif.

Les chiffres que nous avons vus en regard des années qui ont immédiatement suivi l'abolition de la contrainte par corps nous renseignent amplement à ce sujet. Cette répercussion sur les clôtures s'explique d'ailleurs bien aisément.

Le commerçant gêné dans ses affaires avait en effet tout intérêt à déposer son bilan avant d'avoir absorbé la totalité de son actif : il était ainsi assuré de ne pas voir sa faillite clôturée et d'échapper à la contrainte qui accompagnait inévitablement le droit de poursuite individuelle rendu à chacun des créanciers. Il avait en outre l'espoir d'obtenir une déclaration d'excusabilité et d'être, dans l'avenir, soustrait à cette mesure de coercition pour le paiement du reliquat.

Mais, lorsqu'en 1867, la contrainte par corps fut supprimée en matière commerciale, les faillis se montrèrent moins impressionnés à la nouvelle que le syndic manquait de l'argent nécessaire à la marche normale de la procédure. La déclaration d'excusabilité qu'ils recherchaient auparavant était devenue une décision dépourvue de toute portée pratique.

Aussi les faillites ouvertes sur dépôt de bilan par le débiteur diminuèrent de plus en plus, pendant que celles déclarées sur la demande de créanciers augmen-

taient sans cesse et étaient prononcées à un moment où l'actif du failli était réduit à rien ou presque rien.

La conséquence inévitable était l'accroissement rapide des clôtures pour insuffisance d'actif et c'est ce que notre tableau nous signalait dès 1867.

Les années qui suivirent 1869 virent augmenter sans cesse la proportion des clôtures. C'est ainsi que la moyenne (1) passa de 30 % pour la période de 1866 à 1870, à 36 % de 1871 à 1875, à 40 % de 1876 à 1880, à 44 % de 1881 à 1885 et atteignit en 1886 49 %, en 1887 52 % et en 1889 le chiffre impressionnant de 59 %.

Ces conséquences fâcheuses de loi de 1867 avaient d'ailleurs été signalées lors de la discussion de la loi au gouvernement qui avait fait la promesse d'étudier les mesures propres à enrayer le mal. Le remède le plus simple, comme le signalent MM. Thaller et Percerou (2), paraissait être de remplacer la contrainte par corps qui venait d'être supprimée par une autre sanction, afin que le débiteur demeurât, autant que par le passé, intéressé personnellement à voir se suivre les opérations de sa faillite. Mais le gouvernement ne tint pas la promesse qu'il avait faite.

La situation devint bientôt très alarmante et, en présence des chiffres que nous avons cités précédem-

(1) Pour les chiffres, voir les Comptes-Rendus-Annuels de la Justice Civile et Commerciale.

(2) THALLER et PERCEROU. Des faillites et banqueroutes, T. I N° 27, pages 34 et suivantes.

ment, le législateur dut à nouveau se préoccuper de la question.

Contrairement à ce que l'on pouvait attendre, il n'orienta pas ses recherches dans le sens que nous indiquions ci-dessus. Il ne s'efforça pas de trouver une nouvelle mesure de rigueur remplaçant la contrainte par corps et jouant auprès des faillis, avec la même efficacité, le rôle que celle-ci avait avant 1867.

Le législateur préféra, en effet, donner une récompense au débiteur diligent. On pensa que, par ce moyen, comme auparavant par la crainte de la contrainte par corps, on amènerait de plus en plus les débiteurs à déposer leur bilan à un moment où il resterait encore un actif appréciable permettant de suivre les opérations.

C'est sous l'inspiration de ces idées que fut votée la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire.

C'est en somme une faillite atténuée qui a été organisée sous ce nom : moins de déchéances pour le débiteur, plus de facilités pour lui de continuer son commerce, suppression de certaines formalités pour rendre la procédure plus rapide et permettre d'aboutir plus vite à un concordat, tels sont les principaux caractères de cette institution.

Mais, pour accorder cette faveur à un commerçant, le législateur lui demande de signaler au Tribunal sa situation dès que celle-ci présentera les premiers

symptômes de déséquilibre : le bilan doit être déposé dans la quinzaine de la cessation des paiements.

Telle est la solution à laquelle on s'est arrêté en 1889 pour remettre au point la loi sur les faillites dont le mécanisme avait été profondément faussé par la suppression de la contrainte par corps. On escomptait notamment que cette réforme aurait d'heureux résultats sur le nombre des affaires clôturées pour insuffisance d'actif.

On doit reconnaître que, pendant les années qui suivirent immédiatement le vote de la loi de 1889, le nombre moyen des affaires qui ne pouvaient, faute de fonds, être suivies, a diminué. En effet, de 1890 à 1897, la proportion de faillites clôturées se tenait toujours comme pendant les années 1886, 1887 et 1888 aux environs de 52 %, mais il fallait depuis 1889 tenir compte aussi des liquidations judiciaires qui, elles, suivaient leur cours. Ce nouveau facteur qui entraînait en jeu faisait donc sensiblement baisser la moyenne générale.

Malheureusement la satisfaction des auteurs de la loi du 4 mars 1889 devait être de bien courte durée. Dès 1897, en effet, on constatait que trop souvent les liquidations judiciaires devaient être elles-mêmes clôturées pour insuffisance d'actif. La proportion pendant cette année s'est élevée à 19 %, mais elle augmenta elle aussi bientôt sans cesse et passa successivement à 24 % en 1900 et 32 % en 1906.

Une proportion aussi importante de liquidations ju-

diciaires clôturées pour insuffisance d'actif peut au premier abord paraître surprenante. On se demande, en effet, comment il est possible d'arriver à de pareils résultats avec l'exigence du dépôt de bilan dans la quinzaine de la cessation des paiements et le droit de regard laissé au Tribunal avant l'admission au bénéfice de la faveur demandée ?

Cependant si l'on approfondit un peu le mécanisme de l'institution on s'aperçoit bientôt que les précautions sus-indiquées sont plus apparentes que réelles.

En effet, la date de la cessation des paiements est souvent bien délicate à déterminer et il est bien dangereux de compter sur le débiteur pour la fixer. De bonne foi, bien souvent, il aura déposé son bilan, croyant se trouver encore dans les délais impartis par la loi de 1889, alors qu'en réalité, il sera depuis longtemps en état de cessation de paiements : il se révèlera tout d'un coup aux yeux du liquidateur une situation sans issue et la liquidation judiciaire devra être clôturée.

Mais, dira-t-on, le Tribunal aurait dû s'apercevoir de ces faits et en conséquence refuser la liquidation judiciaire. Ce droit de regard laissé au Tribunal est encore bien illusoire. Il est obligé, en effet, de statuer sans pouvoir consulter les créanciers, sans connaître l'état réel des affaires du débiteur, en se basant seulement sur des pièces préparées par celui-ci et qui, par conséquent, sont suspectes (1).

(1) Une pratique recommandable est mise en œuvre auprès

A cet accroissement des liquidations judiciaires clôturées pour insuffisance d'actif a correspondu pendant la même période une augmentation des faillites suspendues pour les mêmes raisons. C'est ainsi que de 52 % en 1897, la proportion passe à 56 % en 1900 et 58 % en 1901.

Si l'on établit pour cette année 1901 la moyenne totale des faillites et liquidations judiciaires clôturées, on arrive à 45 % environ, chiffre que nous avons rencontré dans les années précédant la loi du 4 mars 1889.

Ainsi dix années environ avaient suffi pour apporter la preuve de l'insuccès de la réforme dont on attendait de si bons résultats.

Depuis cette époque, le nombre des faillites clôturées pour insuffisance d'actif a encore augmenté. S'ils n'ont plus, comme avant 1838, l'immunité que leur conférait la suspension des poursuites individuelles, les débiteurs, délivrés depuis 1867 de l'appréhension de la contrainte par corps, ne prennent plus aucun souci de voir les opérations de leur faillite suivre leur cours.

Pour donner une idée de l'importance prise actuellement par le nombre des clôtures pour insuffisance

du Tribunal de Commerce de la Seine. Celui-ci avant de prendre sa décision fait faire par les liquidateurs-syndics, accrédités auprès de lui, une enquête sur les antécédents et la situation du débiteur.

d'actif et sans vouloir abuser des chiffres auxquels nous avons déjà fait peut-être de trop nombreux appels, nous nous bornerons à citer les suivants qui se réfèrent au Tribunal de Commerce de la Seine pour ces dernières années (1).

ANNÉES	Nombre de faillites terminées	Nombre de faillites clôturées	Proportion
1920	464	127	28,5 %
1921	512	187	36,5
1922	636	335	52,7
1923	1.101	594	53,5
1924	1.202	639	53,5
1925	1.362	683	51
1926	1.490	740	49,5
1927	1.465	821	56
1928	1.834	1.005	54,2

Ce tableau nous permet de constater qu'en 1920, dans une période où les faillites étaient peu nombreuses en raison de la procédure spéciale du règlement transactionnel qui venait d'être organisée, la proportion des clôtures faute d'actif approchait de 30 %. Mais nous voyons aussi que dès le retour à la procédure normale de la faillite, la proportion de 53 % fut atteinte.

Nous avons déjà signalé les difficultés pratiques que cette clôture pour insuffisance d'actif faisait naître.

(1) Ces chiffres ont été extraits des discours prononcés par MM. les Présidents du Tribunal le jour de l'installation annuelle.

tre journallement, en raison de la subsistance de tous les effets de la faillite à l'exception de la suspension des poursuites individuelles qui sont restituées à chacun des créanciers.

D'autre part, nous avons dit également qu'en raison même de la situation faite aux créanciers et aux tiers le législateur avait organisé la réouverture des opérations.

Les conditions qui doivent être remplies pour qu'un Tribunal puisse prononcer un jugement de clôture ou un jugement de réouverture, les effets de chacun de ces deux jugements nous ont paru intéressants à étudier du fait de l'importance toujours grandissante prise par l'institution de 1838.

Nous aurons ensuite à examiner rapidement les principales solutions adoptées par les législations étrangères pour répondre aux nécessités créées par le manque de fonds pour suivre les opérations d'une faillite.

Enfin, les chiffres que nous avons cités nous ayant bien prouvé que l'institution avait en grande partie perdu sa vertu et ne se trouvait plus maintenant adaptée aux autres rouages de notre organisation des faillites, nous aurons, en concluant, à nous demander quelles mesures nous paraissent les plus aptes à lui rendre l'efficacité que la loi du 22 juillet 1867 lui a fait perdre.

Notre étude se divisera donc en trois parties principales :

Première partie. — De la clôture pour insuffisance d'actif.

Deuxième partie. — De la réouverture des opérations.

Troisième partie. — Droit comparé.

PREMIERE PARTIE

DE LA CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Les règles de la clôture pour insuffisance d'actif sont actuellement contenues dans l'article 527 (1) du Code de Commerce qui est ainsi conçu :

« Si, à quelque époque que ce soit, avant l'homologation du concordat ou la formation de l'union, le cours des opérations de la faillite se trouve arrêté par insuffisance de l'actif, le Tribunal de Commerce pourra, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des opérations de la faillite.

« Ce jugement fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles tant contre les biens que contre la personne du failli.

« Pendant un mois, à partir de sa date, l'exécution de ce jugement sera suspendue ».

C'est lors de la discussion de cet article que M. Desmonts proposa de donner au Tribunal le pouvoir

(1) Le projet du Gouvernement soumis à la discussion des Chambres en 1838 portait ces règles dans son art. 509. Voir *Moniteur Universel* du 31 Janvier 1838.

de se prononcer sur l'excusabilité du failli, en cas de clôture pour insuffisance d'actif. Ainsi que nous le disions ci-dessus, cet amendement a été repoussé et avec juste raison selon nous (1) pour les résultats que l'on attendait de la réforme.

Les dispositions de l'article 527 se réfèrent aux conditions de fond qui doivent être remplies pour qu'une faillite puisse être clôturée pour insuffisance d'actif et aux formes dans lesquelles cette clôture doit être prononcée, ensuite aux effets du jugement de clôture.

Tel sera le plan que nous suivrons pour l'examen des questions à étudier dans cette première partie.

(1) Cf. THALLER et PERCEROU, II, p. 555, note 2. L'article 536 du Code de Commerce belge énonce une disposition contraire.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DU PRONONCÉ DE LA CLOTURE

SECTION I. — CONDITIONS DE FOND

I. Quand et à quelles conditions l'insuffisance de l'actif est-elle de nature à faire prononcer la clôture ?

Lorsque, dès l'ouverture de la faillite, on se rend compte qu'il n'existe absolument rien, aucune difficulté ne se présente et la clôture s'impose. Exemple : le débiteur est disparu et l'on ne retrouve aucun élément d'actif à ses derniers domiciles connus, ou bien l'on a la preuve que tout ce qu'il possédait a été vendu, antérieurement à la faillite, et que le produit de la réalisation a été absorbé par des créanciers privilégiés. Dans ces cas, évidemment, le Tribunal ne peut avoir d'hésitation.

Mais, en pratique, la question se présentera généralement avec beaucoup moins de netteté.

En premier lieu, l'article 527 n'exige pas une ab-

sence totale d'actif pour que la clôture puisse être prononcée. Il parle, en effet, d' « insuffisance d'actif » (1). Cette question de savoir si les fonds sont ou non suffisants pour suivre la procédure est laissée à l'entière appréciation du Tribunal (2). Actuellement, en raison de l'augmentation considérable des frais il arrive fréquemment que, bien que le syndic ait entre les mains des espèces disponibles, la faillite est clôturée pour insuffisance d'actif, le Tribunal ayant estimé ces fonds insuffisants pour faire face aux frais.

En sens inverse, il y a lieu de noter que ce n'est pas l'impossibilité de distribuer un dividende aux créanciers qui justifie la clôture (3). La faillite peut, en effet, se terminer par l'union des créanciers sans qu'aucune répartition ne soit faite à ceux-ci.

Les difficultés pratiques que nous signalions ci-dessus se rencontrent surtout lorsque l'actif n'est pas liquide.

S'il s'agit d'objets mobiliers, de matériel ou de marchandises, il sera évidemment bien facile au syndic, en demandant l'autorisation au Juge-Commissaire, de faire procéder à leur réalisation aux enchères publiques ou à l'amiable. Les frais de la vente une fois payés par le produit de la réalisation, le surplus sera versé

(1) Cf. LYON-CAEN et RENAULT. Traité de Droit Commercial, VIII, n° 763.

(2) Cf. en ce sens THALLER et PERCEROU, II, p. 554, note 1.

(3) Cf. THALLER et PERCEROU, II, p. 554, n° 1483.

au syndic et permettra de suivre les opérations de la faillite.

Mais la question se présente sous un jour tout différent lorsque les éléments qui composent l'actif sont de réalisation difficile, bien que de valeur suffisante pour couvrir les frais.

MM. Lyon-Caen et Renault disent que : « Dans cette « situation, il n'y a pas impossibilité, mais seulement « difficulté momentanée de continuer les opérations « de la faillite » (1) et ils en concluent qu'il n'y a pas lieu de faire application de l'article 527 du Code de Commerce.

Nous sommes en accord avec cette opinion pour les cas où les difficultés de réalisation des éléments d'actif sont d'ordre purement matériel.

Mais il nous est difficile de nous rallier complètement à cette doctrine qui veut que, dès que se révèle un élément d'actif de valeur apparente suffisante pour faire face aux frais de procédure, la clôture devienne impossible.

L'examen de quelques hypothèses pratiques nous permettra de nous rendre compte qu'il y a lieu, à notre avis, d'apporter certains tempéraments à ce principe.

Supposons d'abord que le seul actif d'une faillite consiste dans les éléments incorporels d'un fonds de commerce, aucun matériel ni aucune marchandise n'existant dans les locaux. Ces éléments incorporels

(1) LYON-CAEN et RENAULT, VIII, N° 763.

qui subsistent seuls paraissent représenter un élément d'actif de valeur suffisante pour permettre, avec le produit de la réalisation, de faire face aux frais.

On peut aussi supposer que l'actif consiste seulement dans une créance importante à l'occasion de laquelle, le débiteur refusant de s'exécuter, il y a lieu d'intenter un procès dont l'issue semble devoir être en faveur de la faillite.

Nous estimons qu'en présence de ces situations, le Tribunal serait parfaitement fondé à prononcer la clôture des opérations, bien que l'actif comprenne des éléments de valeur apparente suffisante pour couvrir les frais.

En effet, si nous revenons à notre exemple du fonds de commerce, il nous paraît bien difficile d'exiger que le syndic fasse procéder à une tentative d'adjudication. Le jeu des enchères est, en effet, très variable, il est fort possible que les éléments de ce fonds qui paraissaient avoir une certaine valeur ne trouvent pas d'amateur, qu'aucune enchère ne soit portée. Le syndic ayant fait procéder à l'adjudication devra donc payer lui-même les frais qui auront été exposés. Cette solution nous paraît impossible à admettre.

Dans notre deuxième hypothèse, il nous paraît également impossible d'exiger du syndic qu'il fasse l'avance des frais d'un procès dont, en définitive, les aléas seraient ainsi mis à sa charge personnelle.

L'examen de ces hypothèses nous a permis de don-

ner un rapide aperçu des difficultés pratiques que l'on rencontre dans la détermination des cas où la clôture doit être prononcée. Il nous a permis également de prouver que la formule de MM. Lyon-Caen et Renault est trop rigide. Il ne suffit pas, en effet, à notre avis, pour que le Tribunal ne soit pas fondé à clôturer, que l'on ait connaissance d'un bien de valeur suffisante pour couvrir les frais, il faut que la réalisation de ce bien soit possible sans nécessiter de la part du syndic des avances de fonds qui n'entrent pas dans ses fonctions.

Il y a lieu de faire une mention spéciale du cas où l'actif comprendrait un immeuble. Bien qu'il soit de valeur suffisante pour faire face aux frais de la procédure, la faillite devra être clôturée pour insuffisance d'actif s'il n'existe pas d'autres ressources. En effet, la majorité des auteurs et la jurisprudence admettent que la vente des immeubles avant union ne peut avoir lieu sans le consentement du débiteur (1) Ce n'est que dans le cas où celui-ci donnerait son concours que l'immeuble pourrait être réalisé. Il est à remarquer d'ailleurs que la restriction des pouvoirs du syndic en ce qui concerne les immeubles trouve sa contre-partie dans le fait qu'une hypothèque doit être prise au profit de la masse (art. 490 § 3 C. Com).

(1) Trib. Civ. Bar-s/-Seine, 7 janvier 1885, *Journal des Faillites*, 1885, p. 96. Cass. 9 Janvier 1890, *Journal des Faillites*, 1890, p. 481. S. 1890 I. 448. D. 1891. I. 165.

II. — Jusqu'à quelle époque le tribunal peut-il clôturer une faillite pour insuffisance d'actif ?

L'alinéa 1 de l'article 527 dispose à cet égard que la clôture peut intervenir « à quelque époque que ce « soit avant l'homologation du concordat ou la formation de l'union ».

C'est donc à un moment quelconque de la procédure préliminaire que la clôture peut être prononcée.

Peu importe qu'il ait été procédé à une ou plusieurs assemblées de vérification de créances ou qu'aucune réunion de créanciers n'ait été convoquée.

Le temps qui s'est écoulé depuis la déclaration de faillite n'a non plus aucune influence et rien ne s'oppose à ce que la clôture suive de quelques jours seulement le jugement déclaratif. Ce fait se produit d'ailleurs fréquemment en pratique. Les syndics de faillites, en effet, voient rapidement, en général, si l'actif est ou non suffisant pour faire face aux frais. Lorsque l'insuffisance se révèle, ils provoquent immédiatement la clôture. Si, au contraire, les opérations ont duré déjà de longs mois, il suffit que le Tribunal estime que l'actif n'est plus assez important pour continuer à les suivre pour pouvoir rendre un jugement de clôture.

Mais, comme nous le signalions ci-dessus, après l'homologation du concordat ou la formation de l'union la clôture devient impossible. Cette solution se conçoit très facilement.

Lorsque le concordat simple est homologué la faillite est terminée. Le débiteur est remis à la tête de ses affaires, le syndic a disparu et, la faillite n'existant plus, on n'envisage même plus la possibilité de parler de clôture. Il en serait naturellement tout autrement si le concordat venait par la suite à être annulé ou résolu (1). Dans ce cas, en effet, la faillite reprend normalement son cours.

Cette solution qui ne peut soulever d'objections pour l'homologation du concordat simple, paraît, au premier abord, plus difficile à expliquer pour la formation de l'union à laquelle la loi de 1838 l'a également appliquée.

Dans ce cas, en effet, la faillite n'est pas terminée. Les syndics doivent procéder encore à la liquidation de tous les éléments d'actif qui peuvent subsister et c'est seulement après cette liquidation totale et la reddition par les syndics de leurs comptes définitifs que la faillite prendra fin.

Cependant on comprend tout de même que, dès le moment où les créanciers sont constitués en état d'union, le manque de fonds ne nécessite pas la clôture pour insuffisance d'actif. En effet, les opérations ont alors suivi leur cours. Les règles de l'union n'ont été établies que pour faciliter la réalisation de l'actif et la répartition aux créanciers des sommes pouvant en provenir. S'il n'existe plus rien, au jour de la for-

(1) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, VIII. n° 764.

mation de l'union, il n'y a donc qu'à clôturer celle-ci en ne distribuant aucun dividende aux créanciers (1).

La règle qui est édictée relativement à l'impossibilité de la clôture après homologation du concordat étant générale, il n'y a pas lieu de distinguer entre les diverses formes de concordat. Cela se conçoit d'ailleurs facilement puisque, lorsqu'il y a abandon d'actif, la réalisation des biens abandonnés se poursuit suivant les règles de l'union et qu'il ne peut y avoir de clôture après union (2).

Telles sont les observations qu'il nous a paru indispensable de formuler en ce qui touche l'époque jusqu'à laquelle le Tribunal est fondé à rendre un jugement de clôture pour insuffisance d'actif.

III. — De la clôture pour insuffisance d'actif en matière de liquidation judiciaire

Il peut sembler étrange d'envisager la clôture de cette faillite atténuée que la loi de 1889 a voulu accorder, à titre de faveur, au débiteur qui ferait preuve de célérité dans le dépôt de son bilan.

Cependant l'état actuel de notre législation ne nous permet pas de dire que le maintien de la liquidation

(1) THALLER et PERCEROU. II, p. 554, note 2.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, VIII, n° 764.

judiciaire soit incompatible avec la clôture pour insuffisance d'actif (1).

En effet, l'article 24 de la loi du 4 mars 1889 dispose que tous les articles du Code de Commerce relatifs à la faillite, et qui ne seront pas contraires à ses propres dispositions, seront applicables à la liquidation judiciaire. Or, rien dans la loi de 1889 ne paraît en contradiction avec les articles 527 et 528 du Code de Commerce et l'on doit donc en conclure qu'une liquidation judiciaire peut, aussi bien qu'une faillite, être clôturée pour insuffisance d'actif.

En fait, pourtant, la clôture pour insuffisance d'actif est moins fréquente dans les liquidations judiciaires que dans les faillites.

En effet, la proportion de liquidations judiciaires clôturées pour insuffisance d'actif par rapport au nombre total d'affaires terminées était en 1889 de 19 %, en 1900 de 24 %, en 1906 de 32 %, alors que pour les mêmes années la proportion correspondante de faillites était de 52 %, 56 % et 58 %.

Cela tient à plusieurs raisons. D'abord, la rapidité que la loi exige de la part du débiteur dans le dépôt du bilan pour lui accorder le bénéfice de la liquidation judiciaire a généralement pour conséquence d'empêcher la disparition totale de l'actif et les opérations peuvent ainsi suivre leur cours. Ensuite, lorsqu'il

(1) Cf. THALLER et PERCEROU, II, n° 1492. — WAHL. Droit Commercial, n° 2730.

n'existe pas un actif suffisant pour faire face aux frais, le Tribunal, usant du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par la loi, convertit la liquidation judiciaire en faillite. Deux motifs peuvent s'offrir à lui pour le faire : ou bien le défaut de dépôt de bilan dans la quinzaine de la cessation des paiements (loi de 1889 art. 19 § 1, 1^o) ou bien l'absence de concordat (loi de 1889, art. 19 § 1, 2^o) en raison du défaut de suite des opérations. Le Tribunal de Commerce de la Seine notamment a pour habitude de ne jamais maintenir une liquidation judiciaire dans laquelle les opérations ne peuvent être suivies : il convertit, en se fondant sur l'article 19, § 1, 2^o, la liquidation judiciaire en faillite si bien que les statistiques ne révélaient jamais de liquidations judiciaires clôturées pour insuffisance d'actif à Paris : il fallait pour les retrouver se reporter aux rubriques « Conversions » et « Faillites clôturées ». Cependant il est à signaler que pour chacune des années 1924, 1925 et 1926, les statistiques du Tribunal de Commerce de la Seine relatent une liquidation judiciaire clôturée (1).

Ainsi rien ne s'oppose actuellement à ce qu'une liquidation judiciaire soit maintenue après clôture pour insuffisance d'actif. Il semble cependant, qu'en raison des caractères généraux et de l'esprit de la loi

(1) Discours prononcés par M. TROULLIER, Président du Tribunal à l'occasion de l'installation du Tribunal en 1925 et 1926.

de 1889, on comprendrait mieux que, dans ce cas, la conversion en faillite fût obligatoire (1),

En raison des observations qui précèdent, toutes nos explications concerneront donc aussi bien la liquidation judiciaire que la faillite.

IV. — La clôture pour insuffisance d'actif en matière de société

Nous n'avons jusqu'à présent envisagé que la clôture pour insuffisance d'actif de la faillite ou de la liquidation judiciaire d'un individu.

Mais les opérations de la faillite ou de la liquidation judiciaire d'une société peuvent également être arrêtées faute de fonds pour faire face aux frais (2).

S'il s'agit d'une société anonyme, aucune difficulté ne se présente puisqu'aucun associé n'étant personnellement responsable, la faillite de la Société n'en a entraîné aucune autre.

Pour une société en nom collectif ou en commandite, au contraire, la faillite de la Société a pour conséquence immédiate la mise en faillite des associés en nom ou des gérants. Il se peut alors, dans ce cas, que la faillite de l'un des associés ou de tous les associés soit clôturée pour insuffisance d'actif alors que celle de la Société ne l'est pas. On comprend fort bien, en

(1) Cf. THALLER et PERCEROU. II, p. 386, note 2.

(2) LYON-CAEN et RENAULT. VIII n° 1217.

effet, que le syndic ait entre les mains des fonds disponibles pour suivre les opérations de la faillite de la société et qu'il n'en ait point pour faire face aux frais de celles des associés ou de l'un d'eux.

L'inverse peut aussi se produire. Il n'existe aucun actif social, alors que l'un des associés personnellement dispose de fonds suffisants pour suivre les opérations. La faillite de la société devra être clôturée et les opérations de la masse personnelle suivront leur cours. Des auteurs ont exprimé l'opinion contraire (1). Nous ne les suivrons pas. En effet, prendre sur la masse personnelle de quoi suivre les opérations sociales aboutirait à léser les créanciers personnels qui ont droit absolu à ce que tout l'actif personnel leur soit attribué concurremment avec les créanciers sociaux.

SECTION II. — CONDITIONS DE FORME

I. — Nécessité d'un jugement

Aux termes de l'article 527, c'est le Tribunal qui prononce la clôture des opérations. Il faut donc un jugement.

Ce jugement doit être rendu à la suite d'un rapport établi par le Juge-Commissaire à la faillite. Ce magistrat relatant la situation dont il aura été prévenu par

(1) LYON-CAEN et RENAULT. VIII n° 1217.

un tiers quelconque intéressé, la porte à la connaissance du Tribunal.

Le Tribunal, ainsi que nous l'avons signalé, a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier s'il y a lieu ou non de rendre le jugement prononçant la clôture.

Comme nous le disons ci-dessus, la demande de clôture peut être faite par tout intéressé. Mais, s'il ne se trouve personne pour le faire et que le Tribunal apprenne que les fonds ne sont plus suffisants pour suivre les opérations, l'article 527 lui donne le pouvoir de prononcer cette clôture d'office.

En pratique, ce sera le plus souvent le syndic qui provoquera la décision. En effet, chargé de l'administration de la faillite, il a une connaissance plus profonde de l'affaire, il se rend facilement compte du moment où les fonds deviennent insuffisants et il ne manque pas alors de signaler immédiatement la situation au Juge-Commissaire en lui demandant de faire au Tribunal, le rapport qui permettra de rendre le jugement.

II. — Publicité du jugement

Ce jugement n'est soumis par la loi à aucune publicité et c'est là, à notre avis, une lacune de notre législation.

Un mois après le jour où il a été rendu, le jugement de clôture produira ses effets. L'étude que nous leur

consacrerons nous montrera qu'ils peuvent avoir pour les tiers les conséquences les plus importantes. Nous verrons, en effet, que le dessaisissement du failli subsiste après la clôture, comme avant, sur tous les biens présents et à venir. Il importerait donc, à notre avis, au plus haut point, dans l'intérêt des tiers qui sont appelés à traiter avec ce débiteur toujours en faillite, qu'une publicité permanente et présentant des caractères de sûreté et d'authenticité suffisants, les mette en garde contre les dangers qu'ils courent à entrer en relations avec ce commerçant qui se trouve toujours dans les liens d'une faillite ouverte malgré l'apparence qu'elle peut présenter d'être terminée.

La dernière question qui nous reste à étudier en ce qui concerne les conditions de forme du jugement de clôture est celle de savoir si ce jugement est susceptible de voies de recours.

III. — Le jugement de clôture est-il susceptible de voies de recours ?

Le Code de Commerce n'édicte à ce sujet aucune règle spéciale.

Cependant l'article 583 énumère les jugements qui ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation. Par le fait même qu'elle déroge au droit commun, nous devons considérer l'énuméra-

tion que fait cet article comme essentiellement limitative (1).

Or le jugement de clôture pour insuffisance d'actif ne figure pas dans la liste de l'article 583. Nous devons donc en conclure qu'il est susceptible des voies de recours de droit commun que nous lui appliquerons comme aux autres jugements rendus en matière de faillite et non cités par l'article 583. C'est-à-dire que les règles ordinaires de l'opposition et du pourvoi lui seront appliqués sans changement, mais qu'en ce qui concerne l'appel, le délai sera, aux termes de l'article 582, al. 1 du Code de Commerce, réduit à quinze jours de sa signification. Il y a lieu de remarquer que ces jugements ne sont jamais signifiés et qu'en conséquence les délais ne peuvent commencer à courir. Mais, en l'état actuel des textes, il nous paraît impossible de dire que le jugement de clôture ne soit pas susceptible des voies de recours que nous avons indiquées.

D'ailleurs, il est en pratique peu d'exemples qu'un tel jugement ait été attaqué.

En effet, lorsque le Tribunal prononce la clôture des opérations de la faillite il ne se trouve généralement personne pour venir contester sa décision car l'actif fait vraiment défaut.

D'autre part, si par suite de faux renseignements

(1) Cf. THALLER et PERCEROU. II, n° 1135.

fournis au Tribunal, une faillite se trouvait clôturée alors qu'il existerait un actif suffisant pour faire face aux frais, il serait beaucoup plus simple et plus rapide, plutôt que d'attaquer le jugement de clôture par une des voies de recours que nous avons signalées, de porter à la connaissance du Tribunal la situation exacte et de lui demander de prononcer, comme il peut le faire, aux termes de l'article 528 du Code de Commerce, la réouverture des opérations de la faillite.

CHAPITRE II

LES EFFETS DU JUGEMENT DE CLOTURE

Aux termes de l'article 527, al. 2 du Code de Commerce, « Ce jugement fera rentrer chaque créancier
« dans l'exercice de ses actions individuelles tant
« contre les biens que contre la personne du failli ».

Rien ne nous a paru susceptible de mieux fixer les conséquences de cette disposition légale que la reproduction des principaux attendus de l'un des arrêts que la Cour de Cassation a rendu en la matière le 5 Novembre 1879 (1).

« ...Attendu qu'aux termes de cet article (443 C. Com)
« le jugement déclaratif de faillite opère de plein
« droit le dessaisissement du failli ; que ce dessaisis-
« sement subsiste tant que dure l'état de faillite ;
« qu'il n'est pas anéanti par le jugement qui clôt les
« opérations de la faillite pour insuffisance d'actif,
« conformément aux articles 527 et 528 du Code de
« Commerce ; que cette clôture, qui n'est que provi-
« soire, a pour unique effet de rendre aux créanciers

(1) S. 81, 1. 161.

« l'exercice de leurs actions individuelles contre la
« personne et sur les biens du failli ; mais qu'elle ne
« met pas fin aux fonctions des syndics lesquels de-
« meurent toujours investis du droit d'agir dans l'in-
« térêt de la masse et de faire les diligences néces-
« saires pour assurer le recouvrement de toute va-
« leur dépendant de la faillite... »

La clarté et la précision saisissantes de cet arrêt nous permettent de résumer les effets du jugement de clôture par les deux règles suivantes :

1° Le jugement fait rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles tant contre les biens que contre la personne du failli. (C'est l'alinéa 2 de l'art. 527).

2° Cette restriction est la seule apportée aux effets du jugement déclaratif de faillite et tous les autres subsistent.

Depuis 1879, de nombreux arrêts ont à nouveau énoncé ces principes et la jurisprudence est unanime dans ce sens (1).

Nous étudierons donc successivement les conséquences de ces deux règles en montrant combien il est parfois difficile de les concilier.

(1) Aix, 20 mars 1884, S. 85, 2. 135, Journal des Faillites 84, p. 167. — Cass. 11 août, 26 octobre, 10 novembre 1885, S. 87. 1. 473 et note, D. 86. 1. 52. — Cass. 31 mai 1897, D. 97. 1. 383. — Cass. 27 juin 1899, S. 1903, 1. 397. — Cass. 20 février 1922, S. 1923, 1. 194. — Paris 2 mars 1923, S. 1923. 2. 68. — Tribunal Lyon, 12 mars 1924, Journal Fail. 1925, p. 68. — Cass. 10 mars 1926, Journal des Faillites, 1926, p. 175.

SECTION I. — LA RESTITUTION DU DROIT
DE POURSUITE INDIVIDUELLE

I. — But de cette restitution

En rendant à chaque créancier, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, le droit de poursuite individuelle qui lui était enlevé par le jugement déclaratif de faillite, le législateur poursuivait un double but.

Il voulait d'abord inciter le failli à se procurer les fonds nécessaires à la continuation des opérations, il pensait que le débiteur aurait une grande crainte à l'idée de se retrouver en présence de ses créanciers, la restitution du droit de poursuite individuelle entraînant la possibilité pour chaque créancier d'exercer la contrainte par corps. Or, si depuis les lois des 22 juillet 1867 et 10 décembre 1871 qui ont notablement réduit les cas où la contrainte par corps peut être exercée, ce n'est plus un motif suffisant de faire craindre la clôture, c'en était un bien grand avant ces lois, alors que la contrainte par corps était attachée à toutes les dettes commerciales s'élevant à 200 francs.

Nous avons d'ailleurs montré que ce but avait été largement atteint.

Le législateur pensait, en outre, que la reprise par chacun des créanciers du droit de poursuite individuelle permettrait d'atteindre un second résultat. Il espérait qu'ainsi le failli pourrait moins facilement

cacher au syndic les biens qu'il possédait ou en acquérir de nouveaux à son insu. Les créanciers, en effet, habitent des lieux différents les uns des autres et peuvent se trouver dans le voisinage plus direct des endroits où le failli peut posséder quelque chose ; ils pourront donc facilement connaître les acquisitions réalisées par leur débiteur ou découvrir les bien cachés et suppléer ainsi à l'inaction forcée à laquelle sont condamnés les syndics dans des faillites où ils ne trouvent pas les fonds suffisants pour payer les frais qu'ils ont du exposer.

A ce second point de vue encore il est à noter qu'un progrès sensible a été réalisé depuis la loi de 1838.

II. — Conséquences de cette restitution

A) EXERCICE DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

De ce que chaque créancier rentre dans l'exercice de ses droits individuels, il résulte que chacun peut exercer la contrainte par corps dans les cas, peu nombreux il est vrai, où elle est encore admise depuis les lois de 1867 et 1871 (1) .

Au point de vue de cette voie d'exécution, le débiteur se trouve, dans ce cas, dans une situation plus mauvaise que celle qui lui est faite en cas d'union. Après

(1) THALLER et PERCEROU. II, n° 1487, LYON-CAEN et RENAULT VIII, n° 767, WAHL, n° 2731.

la clôture de l'union, en effet, les créanciers sont appelés à se prononcer sur l'excusabilité du failli et, si le Tribunal lui accorde une déclaration d'excusabilité, il n'est plus contraignable par corps. Au contraire, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, notre loi n'admet pas la déclaration d'excusabilité : le failli n'a donc pas cet espoir d'échapper à la contrainte (1).

B) EXERCICE DU DROIT DE SAISIE

En raison de la reprise des poursuites individuelles tout créancier peut encore saisir les biens appartenant au failli et les faire vendre (2). Il y a lieu de noter d'ailleurs, à cet égard, que les créanciers se trouvent remplacés sous l'empire du droit commun et que, par suite, tous les biens de leur débiteur constituent leur gage : ils peuvent donc tous les faire vendre à l'exception seulement de ceux qui ont été déclarés insaisissables par la loi. Il ne suffirait donc pas que, par une ordonnance, le Juge-Commissaire ait autorisé le syndic à attribuer au failli son mobilier personnel à titre de secours, pour que ce mobilier soit soustrait aux effets du droit de poursuite individuelle (3).

(1) THALLER et PERCEROU. II, p. 555, note 2, LYON-CAEN et RENAULT. VIII, n° 767 et note.

(2) THALLER et PERCEROU. II, n° 1487. LYON-CAEN et RENAULT VIII, n° 767, WAHL. n° 2731.

(3) Trib. Civ. Seine, 23 janvier 1914, La loi 28 février 1914, Gaz. Pal. 26 mars 1914.

Les créanciers peuvent encore pratiquer des saisies arrêts entre les mains des débiteurs du failli (1), mais le syndic, dont les fonctions n'ont pas cessé, a le droit d'intervenir dans la demande en validité de saisie que le créancier introduirait ensuite, de manière à éviter que les sommes saisies-arrêtées soient attribuées par préférence au créancier saisissant et pour qu'elles soient au contraire versées à la masse (2).

Tout créancier aura encore, en vertu de la reprise de son droit individuel, la possibilité d'engager des poursuites en recouvrement d'une créance du failli contre un tiers (action oblique, article 1166 du Code Civil) (3). Il pourra également, si le débiteur dont la faillite est clôturée est une société par actions, poursuivre directement un actionnaire de la Société en libération de ses actions et se faire adjuger le profit de la condamnation prononcée (4).

C) EXERCICE DES ACTIONS EN JUSTICE

La dernière conséquence de la restitution du droit de poursuite individuelle est le droit pour chacun des créanciers d'intenter une action en justice contre le

(1) Paris, 6 août 1896, D. 97. 2. 87. Trib. Civ. de Bordeaux, 19 décembre 1910, Journal Fail. 1911 p. 354.

(2) THALLER et PERCEROU. II, p. 556, note 2. Paris 6 août 1896 et Trib. Civ. Bordeaux, 19 décembre 1910 précités.

(3) Paris, 17 avril 1885, D. 86. 2. 41.

(4) Trib. Com. Lyon 6 décembre 1910, Journal des Faillites, 1911, page 323.

failli lui-même (1). Mais le recouvrement de cette faculté entraîne comme conséquence naturelle et nécessaire le droit pour le failli de défendre seul à ces actions intentées contre lui (2). On ne comprendrait pas, en effet, que la loi eut rendu aux créanciers le droit d'agir individuellement contre le failli sans avoir habilité celui-ci à se défendre seul (3). Pour arrêter les poursuites ainsi dirigées contre lui, le failli aura aussi qualité pour payer son créancier ou lui verser des acomptes (4).

Cependant, il faut noter que, malgré cette possibilité pour le failli de défendre aux actions intentées contre lui, il ne redevient pas maître d'intenter seul les actions dont le jugement déclaratif lui a enlevé le libre exercice (5).

Enfin nous ne devons pas oublier que le dessaisissement du failli subsiste, que les fonctions du syndic n'ont pas pris fin et qu'en conséquence celui-ci a toujours le droit d'intervenir dans les actions intentées au failli, afin de sauvegarder les intérêts de la masse

(1) Trib. Com. Seine 20 janvier 1896, Journal Trib. Com. 97 p. 176. Trib. Civ. Bayonne, 12 mars 1914. Journ. Trib. Com. 1914, p. 813.

(2) Paris, 9 août 1883, Jour. des Fail. 1883, p. 434.

(3) THALLER et PERCEROU. II, p. 555 note 6. LYON-CAEN et RENAULT. VIII. n° 770.

(4) Nancy, 10 janvier 1899, Journal des Faillites 1899, p. 254. Sous réserves toutefois du rapport à la masse par le créancier en cas de réouverture.

(5) Lyon, 11 juillet 1901, Journal des Faillites 1902, p. 356.

qu'il continue à représenter (1). Il est évident que le créancier demandeur pourrait, s'il le voulait, mettre de lui-même le syndic en cause (2).

Signalons dès à présent que, contrairement à ce que l'on pourrait croire, les sommes encaissées par les créanciers sur poursuites individuelles ne leur sont pas personnellement attribuées : en raison de la règle d'égalité qui subsiste en même temps que la faillite, chacun des créanciers n'est considéré que comme ayant agi pour le compte de la masse et devrait, en conséquence, verser au syndic ce qu'il a touché.

Telles sont les conséquences de la première règle que nous avons formulée en ce qui concerne les effets du jugement de clôture pour insuffisance d'actif.

III. — Restriction à la reprise du droit de poursuite individuelle

Ainsi que nous avons pu l'apprécier, cette reprise du droit de poursuite individuelle est rigoureuse et l'était encore davantage avant la loi de 1867 lorsque la contrainte par corps était d'une application courante en matière commerciale.

Le législateur de 1838 avait bien senti que la crainte de cette conséquence de la clôture donnerait à réfléchir

(1) Cass. Civ. 5 novembre 1879, D. 80 I. 5.

(2) THALLER et PERCEROU. II, p. 556, note 2. Amiens, 24 juillet 1879, Journal des Faillites, 1883, p. 376.

au failli et l'amènerait à faire tous ses efforts pour l'éviter. Confiant dans cette idée, le législateur voulut accorder un délai de grâce au failli pour lui permettre de faire les ultimes démarches afin de se procurer les fonds nécessaires à la continuation des opérations. C'est ainsi que, dans son 3^e alinéa, l'article 527 du Code de Commerce dispose que l'exécution du jugement prononçant la clôture sera suspendue pendant un mois à partir de sa date.

C'est donc seulement un mois après le jugement que les créanciers peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle. Mais il est bien évident que cette suspension ne s'applique qu'aux créanciers chirographaires et qu'elle ne saurait enlever le droit de poursuivre à ceux qui l'avaient déjà exceptionnellement conservé avant la clôture (1). C'est ainsi que les créanciers hypothécaires ou les créanciers garantis par un privilège spécial n'ont pas à attendre l'expiration dudit mois pour procéder à la réalisation de leur gage. S'il en était autrement la situation du failli deviendrait meilleure pendant le mois qui suivrait le jugement de clôture, puisqu'il ne pourrait plus être poursuivi par ceux qui en avaient le droit auparavant : or la loi a seulement voulu pendant ce délai maintenir la situation qu'il avait antérieurement.

(1) THALLER et PERCEROU, II p. 554, note 3. LYON-CAEN et RENAULT, VIII, n° 769.

SECTION II. — SUBSISTANCE DE L'ÉTAT DE FAILLITE

Si le jugement de clôture rend à chacun des créanciers son droit de poursuite individuelle c'est la seule modification qu'il apporte aux effets du jugement déclaratif. Celui-ci subsiste et toutes ses conséquences avec lui.

La clôture pour insuffisance d'actif n'est pas une fin de la faillite, ce n'est qu'une suspension des opérations. Au moment de la discussion de la loi de 1838, la question s'était déjà posée devant la commission qui n'avait pas voulu laisser le moindre doute à cet égard ainsi qu'en témoigne le passage suivant du rapport de M. Renouard (1) :

« ...l'article (509 du projet) dispose que chaque
« créancier rentrera dans l'exercice de ses actions
« individuelles, tant contre les biens que contre la
« personne du débiteur. A ce mot *débiteur*, la commis-
« sion a substitué le mot *failli*, afin qu'il demeure bien
« constant que l'état de faillite et toutes les incapacités
« qui en découlent continuent à subsister... C'est pour
« exprimer la même pensée, qu'au lieu de clôture de
« la faillite, la commission a dit clôture des opéra-
« tions de la faillite ».

C'est également, en partie, dans le même esprit que fut rejeté, lors de la discussion, l'amendement de M. Desmonts tendant à accorder au Tribunal le pouvoir

(1) Moniteur universel du 31 janvier 1838, page 218, 2^e col.

de déclarer le débiteur excusable (1). On craignait que, par la similitude avec le cas d'union, on pût croire que la faillite était terminée.

Le principe de la persistance de l'état de faillite a été affirmé dans de nombreuses décisions de jurisprudence (2) et nos tribunaux sont appelés à en faire de fréquentes applications.

Les conséquences de cette subsistance sont, en effet, des plus variées et aussi des plus importantes en ce qui concerne les créanciers antérieurs ou postérieurs à la clôture.

I. — Maintien des incapacités d'ordre politique et professionnel

D'abord les incapacités d'ordre politique ou professionnel qui sont la conséquence du jugement déclaratif ne disparaissent pas (3). Il en est d'ailleurs de même lorsque la faillite est terminée et c'est seulement la réhabilitation qui peut faire cesser ces incapacités.

(1) V. ci-dessus, p. 6.

(2) Cass. 5 novembre 1879, S. 81. 1. 161. — Aix, 20 mars 1884, S. 85. 2. 135. — Paris, 24 janvier 1890, Journal Fail. 1890, p. 342. — Paris, 31 juillet 1905, Journ. Trib. Com. 1906, p. 459. — Cass. Civ. 21 juin 1920, Journal des Faillites 1920, p. 85. — Trib. Civ. Lyon, 12 mars 1924, Journal des Faillites, 1925, p. 68. — Contra Req. 13 juillet 1914, S. 1918-19. 1. 113, mais il s'agissait d'une espèce spéciale.

(3) Aix, 20 mars 1884, précité. — Civ. 31 mai 1897 D. 1897 I. 383.

II. — Maintien du dessaisissement

Mais la conséquence la plus importante de cette subsistance de l'état de faillite est la persistance du dessaisissement. Il continue d'exister, avec ses effets ordinaires pour les biens actuels du failli, comme pour ceux qu'il peut acquérir par la suite (1). En cas d'union, au contraire, les biens que le débiteur acquiert après sa dissolution ne sont pas soumis au dessaisissement (2).

Le maintien du dessaisissement présente un grand intérêt au point de vue surtout des tiers avec lesquels le failli peut être appelé à traiter. Ainsi que nous l'avons vu le jugement de clôture n'est pas publié et comme le jugement déclaratif de faillite n'est pas soumis à une publicité permettant aux intéressés de pouvoir se renseigner d'une manière permanente, les tiers seront bien souvent les victimes de cette persistance et ils ne pourront même pas, dans ce cas, exciper de leur bonne foi (3).

(1) Cass., 11 août 1885, 26 octobre 1885, 10 nov. 1885, S. 1887. I. 473. — Cass., 31 mai 1897, D. 1897. I. 383. — Cass., 20 février 1922, Gaz. Pal. 1922. I. 701. — Cass. Req., 10 mars 1926, Journal Faillites, 1926, page 175.

(2) Mais, par contre, le dessaisissement s'applique à tous ceux sur lesquels il a un droit au moment de sa faillite, même s'ils ne sont découverts que postérieurement.

(3) La solution allemande qui exclut du dessaisissement les biens à venir est peut-être, à ce point de vue, supérieure à la nôtre.

Les conséquences pratiques de la permanence du dessaisissement sont nombreuses et il importe de bien comprendre comment on peut concilier ces effets de la faillite qui ne disparaissent pas avec la reprise par les créanciers de leur droit de poursuite individuelle.

En raison de cette subsistance, on peut énoncer comme règle que, malgré la clôture pour insuffisance d'actif, le failli ne peut faire aucun acte qui soit de nature à nuire à la masse.

A) IMPOSSIBILITÉ POUR LE FAILLI DE RECEVOIR
OU DE FAIRE UN PAIEMENT OPPOSABLE A LA MASSE

Le failli ne peut pas valablement recevoir un paiement d'un de ses débiteurs. Le débiteur qui aurait payé entre les mains du failli, serait, malgré sa bonne foi, obligé de payer une seconde fois entre les mains du syndic ou du liquidateur représentant la masse des créanciers (1). Et, après ce second règlement, le failli dessaisi ne pouvant contracter de nouvelles dettes, le débiteur qui a payé deux fois ne peut être admis au passif même chirographaire (2). Cette impossibilité de recevoir valablement un paiement s'applique, quelles que soient la nature et la cause de la créance : le règlement d'une indemnité d'expropriation, par exemple,

(1) Dijon, 23 mars 1905, D. 1918. 2. 57 et note de M. PERCEROU. — Bordeaux, 11 mars 1907, Journal des Faillites, 1907, p. 154. — THALLER et PERCEROU, II. p. 556 et note.

(2) Trib. Com. Marseille, 28 octobre 1902, Recueil Marseille, 1903. 1. 33.

fait au failli peut donner lieu à une demande de second paiement par le syndic (1). Le failli ne pourrait d'ailleurs pas davantage libérer un de ses débiteurs par un autre moyen que le paiement. La libération, de quelque manière qu'elle puisse avoir lieu, suppose la participation du syndic à l'acte qui emporte l'extinction de la dette.

S'il ne peut recevoir valablement un paiement, le failli ne peut pas non plus payer valablement et de quelque manière que ce soit (2), un de ses créanciers au préjudice des autres. Des paiements effectués dans ces conditions devraient être rapportés à la masse et cela même s'ils avaient été faits à la suite de poursuites individuelles et pour les faire cesser (3).

De même le failli ne peut, sans l'assistance de son syndic, céder une créance (4) ; en pareil cas, les autres créanciers pourraient encore demander le rapport des sommes touchées en vertu de la cession.

Le failli ne pourra pas non plus procéder au partage des biens qu'il recueillerait dans une succession (5). Le syndic doit demander la nullité du partage (6).

(1) Paris, 10 mai 1881, D. 1883. 2. 108.

(2) Impossibilité par exemple de payer par compensation. Aix, 20 mars 1884, S. 85. 2. 135.

(3) THALLER et PERCEROU. II, p. 556, n° 6.

(4) Paris, 17 avril 1885, D. 86. 2. 41. — Nancy, 10 janvier 1899, Journ. Faillites, 1899, p. 254.

(5) Lyon, 24 mars 1897, Le Droit n° du 19 août 1897. — Paris, 27 novembre 1885, Journ. Fail. 1886, p. 8.

(6) Rouen, 3 mai 1879, D. 80 2. 15 ; S. 80. 2. 137.

B) IMPOSSIBILITÉ POUR LE FAILLI DE CONTRACTER

DES OBLIGATIONS OPPOSABLES A LA MASSE

Par application de la même idée on doit dire que le failli ne pourra, après la clôture pour insuffisance d'actif, contracter des obligations ni créer des dettes opposables à la masse : elles sont considérées comme des dettes contractées après le jugement déclaratif avant toute clôture et les nouveaux créanciers ne pourront se faire payer sur les biens soumis au dessaisissement qu'après les créanciers antérieurs à la faillite (1). Mais, réciproquement, ces créanciers postérieurs à la clôture, n'étant pas dans la faillite, ne pourront se voir opposer les conditions du concordat que le débiteur, après réouverture des opérations, obtiendrait de ses créanciers primitifs (2).

C) IMPOSSIBILITÉ POUR LE FAILLI D'INTENTER

UNE ACTION EN JUSTICE SANS LE CONCOURS DU SYNDIC

Le failli ne peut, en règle générale, même après la clôture pour insuffisance d'actif exercer une action en

(1) Rouen, 21 mars 1855, D. 62. 2. 274. — Nîmes, 15 janvier 1881, D. 83. 2. 109 ; S. 81. 2. 262. — Trib. Com. Seine, 27 mai 1898, Gaz. Pal. 99. I. 109. — Trib. Com. Seine, 19 avril 1910, Journ. Fail. 1911, page 260.

(2) Trib. Com. Marseille, 22 janvier 1906, Journ. Fail. 1906, p. 479. — Trib. Civ. Seine, 8 juin 1896, le Droit n° du 30 septembre 1896. — Contra Paris, 2 mars 1923, Journ. Fail. 1924, p. 97.

justice, sans le concours de son syndic. Le Tribunal saisi d'une demande ainsi introduite a le droit de la déclarer irrecevable (1) et cette fin de non-recevoir peut être opposée en tout état de cause, même en appel (2). Le failli ne pourra notamment pas se pourvoir seul en appel (3), ni former appel incident sans l'assistance du syndic (4). Il ne pourra pas non plus se pourvoir par les voies extraordinaires de la requête civile ou de la cassation (5). Cependant il semble bien que cette fin de non recevoir ne puisse être opposée au failli lorsque l'action qu'il intente a un caractère conservatoire : s'il en était autrement, les débiteurs du failli trouveraient dans la clôture un moyen de se soustraire à leurs obligations (6).

Telles sont les conséquences directes de la subsistance du dessaisissement du failli en cas de clôture pour insuffisance d'actif.

III. — Maintien des fonctions du syndic

La persistance du dessaisissement implique corrélativement le maintien en fonctions du syndic repré-

(1) Caen, 25 mai 1874, D. 76. 2. 50. — Cass., 5 nov. 1879, D. 80. 1. 85. — Cass., 11 août 1885, S. 87. 1. 473. — Cass., 31 mai 1897, D. 97. 1. 383. — Paris, 25 juin 1901, D. 1901. 2. 422.

(2) Nancy, 21 avril 1902, Rec. Nancy 1902, p. 110.

(3) Civ. 31 mai 1897, D. 97. 1. 383.

(4) Paris, 15 novembre 1912, Journ. Fail. février 1913, p. 66.

(5) Civ. 10 novembre 1885, S. 1887. 1. 473.

(6) Voir en ce sens Conseil d'Etat, 5 juillet 1878 D. 79. 3. 27.

sentant de la masse des créanciers qui ne disparaît pas (1). En raison de la restitution à chaque créancier de son droit de poursuite individuelle, les actions ne sont plus, comme avant la clôture, toutes réunies entre les mains du syndic, mais celui-ci a toujours pour mission de veiller à ce qu'aucune collusion n'intervienne au préjudice de la masse et de provoquer, au cas où des fonds suffisants se révéleraient à lui, la réouverture des opérations.

Par application de cette idée, on doit dire que, malgré la clôture, le syndic a qualité pour assurer le recouvrement de tout actif dépendant de la faillite (2).

Le dessaisissement s'appliquant, en droit français, aux biens à venir, tous ceux que le failli aura pu acquérir depuis la clôture tomberont sous son effet. Le syndic aura donc qualité pour les réaliser et, au moyen des fonds qui pourront en provenir, il demandera au Tribunal de prononcer la réouverture des opérations. Cette possibilité de faire rapporter le jugement de clôture, à la suite de la réalisation des biens acquis par le failli après la clôture, montre bien que la clôture pour insuffisance d'actif n'est pas une fin de la faillite. En cas d'union, au contraire, s'il est permis de faire réouvrir les opérations lorsque, postérieurement à la

(1) Paris, 10 mai 1881, D. 83. 2. 108. — Paris, 6 août 1896, D. 97. 2. 87. — Nancy, 10 janvier 1899, Journ. Faillites, 1899, p. 254.

(2) Paris, 24 janvier 1890, Journ. Fail. 90, p. 342. — Cass. Req. 10 mars 1926, Journ. Fail. 1926, p. 175.

reddition du compte du syndic, on découvre des biens qui appartenaient déjà au failli pendant qu'il était en faillite, cela n'est plus possible s'il s'agit de biens acquis après la dissolution de l'union.

Le syndic peut également intenter les actions appartenant au failli (1).

Enfin la persistance de ses fonctions et de la masse qu'il représente donne au syndic le pouvoir d'intervenir dans les procès intentés au failli par un créancier en vertu de son droit individuel qu'il a recouvré. Le syndic doit, en effet, veiller essentiellement à ce que le créancier poursuivant ne se fasse pas attribuer, en violation du principe d'égalité qui subsiste en même temps que la faillite, un droit exclusif sur un des biens dépendant de l'actif. C'est ainsi que le syndic doit intervenir lorsqu'un créancier a formé une saisie-arrêt entre les mains d'un débiteur du failli, pour empêcher le Tribunal devant lequel a été portée la demande en validité, de valider la saisie-arrêt. Cette validation, en effet, aurait pour résultat d'attribuer au saisissant un droit de préférence sur les sommes arrêtées, au préjudice des créanciers qui n'ont pas pratiqué de saisie-arrêt (2). De même le syndic a qualité pour empêcher l'ouverture d'une distribution par contribution sur les sommes provenant d'une succession échue au failli et

(1) Lyon, 24 mars 1897, S. 97. 2. 248.

(2) Paris, 4 juin 1891, Journ. Fail. 91, p. 309. — Paris, 6 août 1896, D. 97. 2. 87.

pour demander l'autorisation de retirer les fonds consignés à l'effet de les répartir conformément aux règles de la faillite (1).

Il y a lieu de noter que le syndic peut continuer à exercer ses fonctions dans les conditions que nous venons de rappeler sans qu'il soit nécessaire de sa part d'avoir fait, au préalable, rapporter le jugement qui a clôturé les opérations de la faillite (2).

Ainsi, après la clôture pour insuffisance d'actif d'une faillite, le dessaisissement du débiteur subsiste et de même les fonctions des syndics.

IV. — Limites au maintien du dessaisissement

Il est bien évident que ni le dessaisissement ni les pouvoirs du syndic ne sauraient avoir, après le jugement de clôture, des effets plus importants et des applications plus étendues qu'avant ce jugement.

A) EXERCICE DES DROITS ET ACTIONS ATTACHÉS A LA PERSONNE

Malgré la clôture, le failli va conserver l'exercice de ses droits et actions attachés à la personne. Il pourra librement exercer ses droits de famille et sa puissance

(1) Trib. Civ. Seine, 28 décembre 1912, Journ. des Faillites. 1913, p. 163.

(2) LYON-CAEN, VIII, n° 774. — Cass. Civ., 21 juin 1920, Jour-Fail. 1920, p. 85. Voir Cepend. Conseil d'Etat 5 juillet 1878, D. 1879. 3. 27.

paternelle ou maritale. En ce qui concerne le régime matrimonial, il continuera à administrer seul les propres de sa femme si le régime adopté par les époux confère cette administration au mari.

De même, le failli n'aura pas besoin du concours de son syndic pour introduire une demande en révocation de donation pour cause d'ingratitude. Mais, dans ce cas, le résultat de l'instance devant profiter à la masse, le syndic ne peut se voir refuser le droit d'intervenir.

Enfin, d'autres actions échappent également à la subsistance du dessaisissement en cas de clôture, en raison de leur caractère personnel ; il s'agit des actions intéressant la personne physique, l'honneur ou la considération du failli. C'est au failli lui-même, par exemple, qu'il appartient d'intenter un procès pour obtenir réparation du préjudice causé par un acte délictueux ou quasi délictueux, quand ces procès soulèvent des questions personnelles. Le syndic ne pourrait, dans des cas de ce genre, introduire les instances à la place du failli si celui-ci se refusait à le faire. Mais, si le failli agit, le syndic peut très certainement intervenir dans l'instance pour demander que le montant des condamnations pécuniaires qui pourraient être prononcées au profit du failli soit versé entre ses mains (1). Car, bien que l'introduction de la demande

(1) Trib. Com. Seine, 18 mai 1855, Journ. Fail., 55, page 70.

comporte de la part du failli une appréciation personnelle, cela n'empêche pas que les condamnations prononcées ne doivent, comme valeurs pécuniaires, rentrer dans le dessaisissement.

B) BIENS INSAISISABLES. — ACTES CONSERVATOIRES

Comme pour les droits présentant un caractère personnel, le dessaisissement après la clôture ne s'applique évidemment pas aux biens déclarés par la loi insaisissables, tels que les pensions et traitements dus par l'Etat (1), les provisions alimentaires, les rentes constituées en vertu de la loi du 1^{er} avril 1898 sur les accidents du travail, etc...

Le failli pourra également, après la clôture, faire tous les actes conservatoires que le syndic omettrait de faire : il pourra, par exemple, interrompre une prescription, signifier un jugement ou encore faire protester une lettre de change.

C) DROIT POUR LE FAILLI D'EXERCER SON ACTIVITÉ

Le failli pourra exercer son activité comme il l'entendra pourvu qu'il laisse toujours intactes les valeurs sur lesquelles la masse peut avoir des prétentions.

(1) Sauf dans la mesure où des lois et règlements spéciaux permettent de les saisir.

a) *Le failli n'est pas un incapable.*

En effet, le failli n'est pas comme on l'a souvent prétendu un incapable. Les incapacités sont édictées dans le but de protéger surtout la personne qui en est atteinte. La sanction ordinaire des actes accomplis par l'incapable est bien semblable à celle des actes faits par le failli puisque, dans les deux cas, c'est la nullité, mais dans le premier la nullité ne peut être demandée que par l'incapable lui-même, alors qu'au contraire, lorsque le failli fait une opération au mépris du dessaisissement, celle-ci n'est pas nulle à son égard. La nullité ne peut être invoquée que par la masse des créanciers.

Le failli n'étant pas frappé d'incapacité peut donc utiliser ses forces dans un nouvel emploi. On ne peut d'ailleurs que l'encourager à le faire, car il y trouve un moyen de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille et les créanciers ne peuvent en retirer que des avantages puisqu'ils ont ainsi l'espoir que les nouvelles ressources serviront à les payer.

On peut d'abord supposer que le failli ne peut, par le produit de son travail, que pourvoir aux besoins de sa famille. Dans ce cas, les créanciers ne peuvent songer à s'emparer, en vertu du dessaisissement, de ce que le failli acquiert ainsi : le seul droit, en effet, que le jugement de clôture ait restitué aux créanciers est celui de former une saisie-arrêt sur les salaires entre

les mains du patron, mais celle-ci ne pourrait jamais porter que sur la partie de son salaire déclarée saisissable par la loi. Et, en général, malgré tout le ressentiment qu'ils éprouvent pour le failli qui n'a pas fait tous ses efforts pour les mettre en présence d'une situation nette en faisant suivre les opérations de sa faillite, les créanciers ont des sentiments d'humanité assez élevés pour ne pas priver de leur seul moyen de vivre la femme et les enfants de leur débiteur.

b) *Exercice d'un nouveau commerce.*

Le problème se présente sous un aspect tout différent lorsque le failli exerce son activité dans une nouvelle industrie.

La question ne se discute plus aujourd'hui de savoir si, malgré la faillite, un commerçant peut exercer un nouveau commerce (1). La faillite subsiste, ainsi que nous l'avons vu, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, mais cela n'est, pas plus qu'avant la clôture, un empêchement à l'exercice par le failli d'un nouveau commerce.

Il faut même ajouter que l'exercice de ce nouveau commerce est licite sans que le failli soit astreint à obtenir une autorisation quelconque soit du Juge-

(1) Bedarride, *Faillites et Banqueroute*, § 84 bis. — THALLER et PERCEROU, II, n° 529. — LYON-CAEN et RENAULT, VIII, n° 248. — Cass. 8 mai 78, D. 79. 1. 101. — Cass., 16 nov. 1887, D. 88. 1. 325. — WAHL, n° 2334 et suivants.

Commissaire soit du Tribunal (1). Et, dans le cas où, en fait, une ordonnance du Juge-Commissaire aurait, en tant que de besoin, autorisé le failli à exercer ainsi son activité, cette autorisation ne modifierait en rien la situation du débiteur (2).

1° LIMITES DE CE DROIT

Mais si le failli peut employer sa force de travail comme il l'entend, il est bien évident que ce ne peut être qu'à la condition de n'entreprendre son nouveau commerce qu'à l'aide de valeurs étrangères à la faillite, non frappées de dessaisissement (3). Cette restriction entraîne une conséquence importante pour le cas où le second commerce entrepris par le failli est de même nature que celui qu'il exerçait avant la clôture : le nouveau commerce ne pourra être considéré comme licite que s'il n'a pas pour résultat d'amoinrir la valeur du fonds de commerce, par un détournement de clientèle par exemple. Il y aura là, en général, une question de fait à trancher par les tribunaux (4).

2° CONSÉQUENCES DE CE DROIT

a) *Actes d'administration.* — La reconnaissance au failli du droit d'exercer, après la clôture comme avant,

(1) Trib. Com. Seine, 12 janvier 1869, D. 69. 3. 102.

(2) Cass., 5 nov. 1873, D. 74. 1. 60.

(3) Cass. Req., 16 nov. 1887, D. 88. 1. 325.

(4) THALLER et PERCEROU. T. II, n° 529 et LYON-CAEN et RENAULT. T. VII, n° 248, in fine.

un nouveau commerce, implique la reconnaissance du droit d'administrer les biens affectés à cette industrie.

On avait voulu, à propos de ce droit d'administration, faire une distinction entre les actes importants qui n'auraient pas été permis et les actes moins importants que le failli aurait pu valablement passer. Un arrêt de la Cour de Cassation rendu le 12 janvier 1864 (1) et cassant un arrêt de la Cour de Lyon qui avait admis cette distinction a, au contraire, décidé « qu'à cet égard la capacité du failli reste entière, sans « qu'il y ait à distinguer entre des opérations minimales et des actes de plus ou moins grande importance... »

Depuis cet arrêt, de nombreuses décisions sont venues confirmer ce point de vue (2) et l'on admet maintenant que le failli peut louer un local important et même céder son fonds.

Une question s'était posée toutefois sur le point de savoir si le débiteur pouvait céder une créance née du nouveau commerce. Un arrêt (3), semblant revenir à la distinction signalée ci-dessus, avait refusé ce droit au failli. Peu d'années après, la Cour de Cassation (4) vint à nouveau confirmer les termes de l'arrêt de 1864 et reconnut au failli le droit de céder une part des

(1) D. 64. 1. 130, S. 64. 1. 17.

(2) Cass. 2 février 76, S. 76. 1. 150. — Cass., 8 mai 78, S. 79. 1. 101.

(3) Req., 5 nov. 1873, D. 74. 1. 260.

(4) Req., 2 fév. 1876, précité.

bénéfices résultant de son activité personnelle. La décision qui refusait le droit de céder une créance devait s'interpréter autrement : la Cour avait relevé dans l'esprit du failli une intention de fraude et c'est la raison pour laquelle la Chambre des Requêtes n'avait pas admis la cession.

C'est qu'en effet, dans l'administration de son nouveau commerce, le failli doit s'abstenir de toute fraude et c'est là un point sur lequel insistent bien toutes les décisions de jurisprudence.

b) *Actions en Justice.* — Enfin, malgré la persistance du dessaisissement, le débiteur peut intenter seul les actions relatives à sa nouvelle industrie ou y défendre seul (1). Cette faculté reconnue au failli est naturelle car comment pourrait-on comprendre qu'il soit permis à une personne de contracter des obligations et d'en recevoir sans que lui soit donné le pouvoir d'en obtenir l'exécution ?

3° DROIT DES CRÉANCIERS ET DU SYNDIC

Cependant, il ne faudrait pas aller jusqu'à penser qu'une liberté totale soit donnée au failli d'exercer un nouveau commerce malgré la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif. Nous avons vu que le dessaisissement subsistait et l'idée que les biens nouvel-

(1) Bedarride, *Faillites et Banqueroutes*, § 84 bis. — Alauzet VII, n° 2473. — Cass., 8 mars 1854, S. 54. 1. 238. — Cass. 8 mai 78, D. 79. 1. 101.

lement acquis par le failli rentrent dans le gage des créanciers limite la faculté du failli d'exercer son activité.

Il résulte de là, comme l'ont toujours bien spécifié les arrêts et notamment celui rendu le 12 janvier 1864 par la Cour de Cassation, que les créanciers ont « un « droit permanent de contrôle et de surveillance » ; ils peuvent « veiller à leurs intérêts, intervenir même « pour s'opposer à tout engagement ou à tout acte qui, « de la part du failli, serait de nature à leur causer un « préjudice... »

Le syndic, représentant de la masse qui subsiste toujours, pourra intervenir dans les instances introduites par le failli ou contre lui.

Enfin, le syndic (ou un créancier quelconque) pourra prendre les mesures nécessaires pour réaliser les biens ainsi acquis par le failli (1), obtenir ensuite la réouverture des opérations et la répartition entre tous les créanciers des sommes provenant de la réalisation. C'est dans ce sens que nous avons pu dire ci-dessus qu'il était avantageux pour les créanciers de permettre au failli d'exercer son activité dans un nouveau commerce, car les créanciers y trouvent ainsi un moyen de se faire payer.

Mais il y a lieu, dans ce cas, d'apporter une limitation au droit des créanciers de se distribuer le produit

(1) Paris, 28 mars 1867, Journ. Trib. Com. 1868. 2. 36.

de la réalisation de ces nouveaux éléments d'actif (1). Le failli a pu, en effet, à l'occasion de son nouveau commerce, contracter des dettes, emprunter, etc... A notre avis les nouveaux biens ne sont acquis à la masse que « cum sua causa » c'est-à-dire qu'il nous semble équitable que ces nouveaux créanciers qui ont contribué à constituer le nouvel actif passent, sur les valeurs en provenant, avant la masse, sinon celle-ci s'enrichirait injustement aux dépens d'autrui. Nous examinerons cette question dont l'étude plus approfondie nous a paru mieux à sa place à propos de celle que nous aurons à faire des droits des différents créanciers dans le cas de réouverture des opérations de la faillite.

4° Y A-T-IL LIEU, EN CAS DE MAUVAISES AFFAIRES,
A SECONDE DÉCLARATION DE FAILLITE

Lorsqu'après la clôture des opérations de sa faillite pour insuffisance d'actif, un commerçant, usant du droit que l'on est unanime à lui reconnaître, aura exercé un nouveau commerce, pourra-t-il, si ce négoce n'est pas plus fructueux que le premier, être l'objet d'une seconde déclaration de faillite ?

Nous avons montré ci-dessus que la jurisprudence déclarait formellement qu'en cas de clôture pour insuffisance d'actif, la faillite subsistait dans tous ses effets,

(1) THALLER et PERCEROU, I. n° 530. — LYON-CAËN et RENAULT, VIII. n° 250.

sauf en ce qui concerne la cessation des poursuites individuelles.

Il nous semble donc logique de dire, en raison du principe fondamental de l'unité de la faillite, qu'il n'est pas possible, dans notre hypothèse, de déclarer une nouvelle faillite. Le seul droit des créanciers est de demander la réouverture des opérations de la première faillite. Et c'est là, d'ailleurs l'opinion de tous les auteurs (1).

Malgré l'évidence apparente de cette solution et son caractère juridique, la jurisprudence est presque unanime à admettre la possibilité d'une double déclaration de faillite (2).

Cependant quelques décisions sont fixées dans le sens de notre opinion (3) mais elles sont bien peu nombreuses. La Cour suprême en tout cas et la plus grande partie des Cours d'Appel sont en sens opposé.

Leur théorie pourrait facilement se justifier si l'on

(1) Note de M. BEUDANT sous Paris, 30 août 1867, D. 68. 2. 113. — BOISTEL, n° 899. — BRAVARD et DEMANGEAT, p. 43 et 689. — THALLER et PERCEROU, I n° 269 et suiv. — LYON-CAEN et RENAULT, VII n° 80 et 81.

(2) Lyon, 12 Juillet 1869, D. 70. 2. 10. — Cass. 8 mai 1878, D. 79. 1. 101 et S. 78. 1. 308. — Paris, 4 mars 91 D. 92. 2. 281. — Paris, 29 avril 1893, D. 94. 2. 433. — Caen, 29 mai 1882, Journ. Fail. 82, p. 279.

(3) Douai, 7 juin 1859, DALLOZ J. G. S. voir Faillites n° 288. — Trib. Com. Marseille, 30 novembre, 81, 10 décembre 1890. Journ. Fail, 82, p. 556 ; 91 p. 87. — Trib. Com. Lyon, 7 avril 1899, Moniteur de Lyon, 29 mai 1899.

adoptait les vues de la Cour de Paris dans un arrêt rendu le 30 août 1867 (1) dans lequel celle-ci affirme que, tant que le jugement de clôture n'est pas rapporté, la première faillite est inexistante. Mais, ainsi que nous l'avons vu, cette idée est inacceptable et la Cour de Cassation admet le contraire.

Pour expliquer la possibilité d'une double déclaration de faillite, la Chambre des Requêtes (2) expose dans ses motifs qu'« aucune disposition du Code de Commerce ne s'oppose à ce qu'un commerçant devienne l'objet d'une double déclaration de faillite dans deux endroits différents et pour des opérations de commerce distinctes... »

Cette solution ne nous paraît pas justifiée. Elle semble en opposition avec le Code de Commerce lui-même, avec le principe de l'unité de la faillite et enfin avec l'esprit de l'institution de la faillite.

En effet, le Code de Commerce dans son article 635, attribue compétence au tribunal de la faillite pour toutes les contestations nées de celle-ci. On ne voit pas bien comment appliquer cet article lorsqu'il s'agit d'un procès ne se rattachant pas plus à un commerce qu'à un autre (3).

D'autre part, le principe de l'unité de la faillite est violé par ces décisions. Or il s'impose impérieusement

(1) D. 68. 2. 113.

(2) Req., 23 août 1853, D. 55. I. 59, S. 55. 1. 829.

(3) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, VIII n° 81.

dans notre législation (1). L'unité de la faillite résulte, en effet, de deux principes fondamentaux : l'unité du domicile et l'unité du patrimoine. Il n'y a qu'un domicile juridique et c'est au Tribunal de ce domicile et à lui seul que la loi donne compétence pour déclarer une faillite. Le patrimoine aussi est un : il constitue le gage général de tous les créanciers et il est impossible d'admettre qu'il soit divisé en plusieurs portions pour que l'une soit affectée à un groupe et la seconde à un autre. Les droits spéciaux que peuvent avoir certains créanciers sur les biens provenant du nouveau commerce seront d'ailleurs aussi bien sauvegardés s'il n'y a qu'une seule faillite, par l'attribution à chacun des créanciers du rang qu'il doit avoir parmi les autres.

Enfin, l'opinion admise par la jurisprudence est contraire à l'esprit de l'institution et en méconnaît le but primordial qui est de substituer une procédure unique aux procédures individuelles que pourraient engager les créanciers et d'assurer, en même temps que l'application de règles uniformes aux intérêts qui peuvent s'opposer, la répartition de la totalité de l'actif du débiteur entre tous les créanciers. En outre, la coexistence de plusieurs faillites entraînerait forcément une aggravation considérable des frais et des complications inextricables.

(1) THALLER et PERCEROU, I. n° 270. — LYON-CAEN et RENAULT, VII, n° 81.

Un arrêt de la Cour de Douai (1) a d'ailleurs réuni en un considérant fort juste tous les motifs qui militent en faveur de l'unité de la faillite.

« Attendu qu'un commerçant n'ayant qu'un domicile, quoiqu'il puisse avoir plusieurs résidences, ne peut être l'objet que d'une seule mise en faillite ; qu'en effet la faillite est indivisible et implique la centralisation des opérations qu'elle entraîne ; que la coexistence de plusieurs faillites, outre qu'elle conduirait à une aggravation de frais ruineuse, ferait naître des complications inextricables et des contrariétés de jugements ».

Il y a lieu de remarquer d'ailleurs que certaines décisions, après avoir posé le principe de la possibilité de la coexistence de deux faillites, se contentent de cette simple affirmation et, dans l'espèce qui leur est soumise, ordonnent la fusion des deux en une seule parce que « il appartient en appel à la Cour de rechercher en fait si l'intérêt des parties ne demande pas que les opérations de la faillite soient suivies en un seul endroit et, cet intérêt étant reconnu, de réformer l'un des jugements déclaratifs de faillite » (2).

En ce qui nous concerne nous ne nous en tiendrons pas à cette concession faite par la jurisprudence qui

(1) Douai, 7 juin 1859 précité. V. THALLER et PERCEROU. I n° 270, in fine.

(2) V. THALLER et PERCEROU II, n° 269. Paris, 4 mars 1891, 29 avril 1893 précité.

pose toujours le principe de la dualité, principe, à notre avis, antijuridique.

Il nous semble beaucoup plus logique d'appliquer l'adage « *Faillite sur faillite ne vaut* » et de décider en conséquence qu'un débiteur, qui, après la clôture de sa faillite pour insuffisance d'actif, aura exercé un nouveau commerce ne pourra, si les affaires sont mauvaises, être déclaré une seconde fois en faillite, à l'occasion de ce nouveau commerce (1), même si celui-ci est exercé dans un lieu éloigné du premier et qu'il soit de nature différente.

Les créanciers impayés n'auront, à notre avis, qu'un seul droit, celui de demander au Tribunal de prononcer la réouverture des opérations de la faillite, s'ils apportent les justifications exigées à cet égard.

Nous sommes ainsi amenés à étudier maintenant, conformément au plan que nous nous étions tracé, la réouverture des opérations de la faillite.

(1) La solution inverse doit être sanctionnée en droit allemand. La loi allemande en effet (art. 1) restreint le dessaisissement aux biens qui appartiennent au failli au moment de la faillite. On conçoit donc fort bien, dans cette législation, qu'une deuxième faillite s'appliquant aux biens acquis postérieurement à la première soit déclarée. Dans ce cas on se trouve dans une situation se rapprochant de la séparation des patrimoines; les créanciers antérieurs et postérieurs à la première déclaration de faillite étant nettement distingués.

DEUXIEME PARTIE

DE LA RÉOUVERTURE DES OPÉRATIONS

Il résulte de nos explications antérieures que la situation créée par le jugement de clôture comporte de gros inconvénients pour les créanciers qui sont obligés de suivre partout leur débiteur s'ils veulent essayer d'en obtenir quelque chose, et des conséquences rigoureuses pour le failli qui se trouve en butte à des poursuites incessantes pouvant aller jusqu'à la contrainte par corps, à laquelle il ne peut avoir l'espoir d'échapper par une déclaration d'excusabilité. D'autre part nous avons également montré que, pendant la clôture, les tiers appelés à entrer en relations avec le failli dont ils ne peuvent connaître la situation exacte, sont exposés aux dangers résultant pour eux du dessaisissement du débiteur, sans que la bonne foi dont ils auraient pu faire preuve ne puisse en rien les protéger.

On s'explique donc facilement que le législateur de 1838 ait voulu, à côté de la clôture pour insuffisance d'actif qu'il innovait, instituer une procédure qui permît de revenir facilement à la marche normale des opérations de la faillite, dès que le motif qui avait fait prononcer la clôture aurait disparu.

Le désir du législateur de faire cesser l'état créé par

le jugement de clôture dès que la possibilité s'en ferait sentir s'est d'ailleurs manifesté lors de la discussion de la loi nouvelle. Le premier projet stipulait en effet que la réouverture des opérations ne pourrait être demandée que dans le mois qui suivrait la clôture. Le gouvernement, sentant la nécessité de ne pas entraver la reprise des opérations en imposant un délai, supprima celui-ci dans son second projet : c'est ce dernier point de vue qui triompha après une tentative de la Chambre des Pairs de fixer un délai de trois mois (1).

L'article 528 du Code de Commerce qui organise la réouverture est ainsi conçu :

« Le failli, ou tout autre intéressé, pourra, à toute
« époque le (le jugement de clôture) faire rapporter
« par le Tribunal, en justifiant qu'il existe des fonds
« pour faire face aux frais des opérations de la fail-
« lite, ou en faisant consigner entre les mains des
« syndics somme suffisante pour y pourvoir.

« Dans tous les cas, les frais de poursuites exercées
« en vertu de l'article précédent devront être préalable-
« ment acquittés ».

Nous étudierons successivement les conditions de fond et de forme qui doivent être remplies pour que le jugement clôturant la faillite pour insuffisance d'actif puisse être rapporté et ensuite nous examinerons les effets du jugement de rapport en ce qui concerne les droits des différents créanciers.

(1) RENOARD, II, p. 115 et suivantes.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DE LA RÉOUVERTURE

SECTION I. — CONDITIONS DE FOND

I. — Jusqu'à quelle époque le tribunal peut-il prononcer la réouverture ?

Ainsi que nous venons de le signaler, c'est à toute époque que l'on peut provoquer la réouverture des opérations de la faillite. Cette solution a paru plus logique au législateur que celle qui consistait à enfermer cette possibilité dans un certain délai. Elle nous paraît également bien préférable. On se demande, en effet, ce que l'on aurait pu faire, si les fonds nécessaires à la marche des opérations s'étaient révélés après l'expiration du délai fatal. Dans ce cas, malgré toute la bonne volonté du failli, malgré tout le désir que les créanciers et lui-même auraient pu en avoir, il aurait été impossible de mettre fin à la faillite d'une manière quelconque. On comprend aisément que le législateur de 1838 n'ait pas voulu faire naître de telles complications ni créer des situations aussi anormales et qu'il se soit rallié au second projet gouvernemental qui autorisait la réouverture à quelque époque que ce soit.

II. — Conditions de la réouverture

1° JUSTIFICATION DE L'EXISTENCE DE FONDS SUFFISANTS POUR SUIVRE LES OPÉRATIONS

Aux termes de l'article 528, il faut « justifier qu'il
« existe des fonds pour faire face aux frais des opé-
« rations de la faillite, ou consigner... somme suffi-
« sante pour y pourvoir ».

Cette exigence s'explique bien facilement. Puisque l'insuffisance de l'actif a amené le Tribunal à prononcer la clôture, il est naturel d'exiger de celui qui demande la réouverture, la justification qu'il existe des fonds en quantité suffisante au moins pour suivre les opérations.

On pourrait croire que, sur la seule justification de l'existence d'éléments d'actif de valeur suffisante pour faire face aux frais, la réouverture des opérations doive être prononcée. Ce serait une erreur. L'article 528, en effet, parle de « fonds » : ce texte doit être interprété strictement et, pour provoquer la réouverture, il faut justifier qu'il existe des espèces suffisantes.

Cette exigence se comprend facilement. Le jugement de clôture laisse subsister les fonctions du syndic et celui-ci a toutes qualités pour réaliser, avant la réouverture des opérations, les éléments d'actif dont l'existence pourrait lui être révélée. C'est seulement lorsqu'il aura encaissé les fonds provenant de cette réalisa-

tion que l'on pourra apprécier s'ils sont suffisants pour permettre de suivre les opérations.

Le législateur de 1838 a voulu que, préalablement à la réouverture, les frais des opérations de la faillite soient assurés afin d'éviter une nouvelle clôture. Sans quoi il aurait fait le jeu de certains faillis qui auraient laissé clôturer, un mois après auraient fait les frais d'un jugement de réouverture, puis auraient de nouveau laissé clôturer et ainsi de suite. De cette façon, ils auraient réussi à se mettre indéfiniment à l'abri des poursuites individuelles de leurs créanciers.

A la place de la justification de l'existence de fonds suffisants, l'article 528 prévoit une consignation entre les mains des syndics. On conçoit bien que cela permette la réouverture, puisque de cette manière le Tribunal peut avoir la certitude que les frais seront payés. En général cette consignation sera effectuée par le failli. Revenu à meilleure fortune, il aura le désir d'obtenir un concordat lui permettant de reprendre le rang que la faillite lui avait fait perdre. On bien encore, sur le point de partager une succession qui vient de lui échoir, il voudra, par le concordat qui le remettra à la tête de ses affaires, parvenir à une liquidation plus rapide.

2° LE RÈGLEMENT PRÉALABLE DES FRAIS DE POURSUITES
INDIVIDUELLES FORME-T-IL UNE SECONDE CONDITION ?

En plus de la première condition qui s'imposait, le Code de Commerce paraît en édicter une autre dans le

dernier alinéa de l'article 528 qui semble exiger, pour permettre la réouverture des opérations de la faillite, le paiement de tous les frais de poursuites exercées, en vertu de l'article 527, par tous les créanciers qui ont repris leur droit individuel.

Doit-on appliquer à la lettre les termes de l'article 528 ? Les auteurs, à ce sujet, sont divisés. Les uns (1) sont partisans d'une application stricte et font de ce règlement préalable des frais de poursuites individuelles, une condition de la réouverture ; on prétend à l'appui de cette opinion que, s'il n'y avait pas eu de clôture, ces frais n'auraient pas été exposés et qu'en conséquence, avant de prononcer la réouverture, il y a lieu de procéder au règlement.

Les autres (2), au contraire, sans vouloir nier le caractère impératif de la disposition, n'en font pas une condition stricte de la réouverture. De l'avis de ceux-ci, il suffit que le règlement des frais de poursuites individuelles ait lieu au moment où le créancier qui les a exposés le demande. En effet, dit-on, malgré sa rigueur, ce texte doit fléchir devant les principes essentiels de notre droit. Or, il est constant que, sans intérêt, il n'est pas d'action possible et, si le créancier est payé du montant des frais qu'il a engagés au moment où il réclame, il est bien évident qu'il n'a plus d'intérêt.

(1) RENOUD. Traité des faillites, II, p. 115 et suivantes.

(2) ALAUZET. Commentaires du Code de Commerce VII, n° 2723.

Cette opinion nous semble préférable à la première. Le but essentiel de la loi est de sauvegarder les intérêts des créanciers qui, en raison de la clôture, ont fait des dépenses qu'ils auraient pu éviter si les opérations avaient suivi leur cours. Le législateur n'a pas voulu qu'un débiteur puisse faire réouvrir les opérations de sa faillite au moment où il en sentirait la nécessité pour ses affaires personnelles en laissant à ses créanciers la charge des frais des poursuites qu'ils avaient engagées contre lui. Mais il nous paraît, si ces frais sont acquittés dès que le créancier le demande, que le but poursuivi est atteint et il ne nous semble pas, en conséquence, qu'il y ait lieu de faire de ce règlement une condition impérative de la réouverture des opérations de la faillite.

D'autre part, il n'est pas possible d'appliquer littéralement le texte. Car le Tribunal ne peut connaître les frais exposés par chacun des créanciers avant la réouverture et l'on ne voit pas comment il pourrait en exiger le paiement comme condition préalable.

Les tribunaux n'ont pas eu souvent à se prononcer sur cette question qui se pose bien rarement en pratique. D'abord, ce retour à la suite normale des opérations est peu fréquent et, le plus souvent, les faillites clôturées pour insuffisance d'actif le demeurent indéfiniment. Ensuite, lorsque la réouverture est demandée, elle l'est généralement par le failli : les créanciers ont, la plupart du temps, cessé de s'occuper de l'affaire,

et il est bien rare qu'ils aient usé du droit de poursuite que la loi leur a restitué ; on comprend bien ainsi que la question de l'acquittement préalable des frais de poursuites individuelles comme condition impérieuse de la réouverture ne se soit pas fréquemment présentée devant les tribunaux.

Cependant, il y a lieu de noter qu'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 janvier 1856 a admis qu'il était suffisant que le règlement de ces frais soit opéré au moment où le créancier le réclamait, appliquant ainsi l'interprétation qui nous paraît la meilleure.

Nous pouvons donc résumer ces développements en disant que la seule condition de fond vraiment impérieuse qui doit être remplie pour que le jugement de clôture pour insuffisance d'actif puisse être rapporté est la justification de l'existence de fonds suffisants pour faire face aux frais entraînés par le cours normal de la procédure de la faillite.

SECTION II. — CONDITIONS DE FORME

I. — Nécessité d'un jugement

De même que la clôture, la réouverture des opérations d'une faillite est prononcée par jugement du Tribunal de Commerce.

L'article 528 du Code de Commerce donne le droit au failli ou à tout intéressé de saisir le Tribunal d'une telle demande. On a tout de suite considéré comme

intéressés le syndic ou un créancier et, en fait, ce sera souvent, en dehors du failli, ou bien un créancier ou bien le syndic qui demandera la réouverture. Cependant il était permis de se demander s'il était nécessaire d'être créancier du failli pour pouvoir introduire une demande en rapport du jugement de clôture. Un jugement rendu par le Tribunal de Commerce de Marseille (1) a précisé que la qualité de créancier n'était pas indispensable et que, conformément à la lettre même de l'article 528, il suffisait d'avoir un intérêt quelconque à faire réouvrir les opérations de la faillite pour être recevable à demander au Tribunal de prononcer cette réouverture.

Pour clôturer les opérations pour insuffisance d'actif l'article 527 donne au Tribunal le pouvoir de se prononcer d'office. En ce qui concerne le rapport du jugement de clôture, au contraire, le Code de Commerce ne donne aucune précision. Doit-on en conclure que, par son silence, le législateur a voulu, dans ce cas, refuser ce pouvoir au Tribunal ? Cette solution paraît bien difficile à admettre. Le Tribunal, en effet, a le droit de déclarer d'office une faillite (art. 437 C. Com), il a le droit de prononcer d'office la clôture des opérations pour insuffisance d'actif (art. 527 C. Com), on ne voit donc pas bien les raisons de lui refuser le même droit d'initiative pour prononcer la réouverture des

(1) Trib. Com. Marseille, 1^{er} juillet 1890, Journ. des faillites, 1891, p. 379.

opérations de la faillite, alors qu'aucune disposition ne s'y oppose. La Cour d'Amiens a consacré cette solution qui nous paraît justifiée dans un arrêt rendu le 6 décembre 1881 (1).

Dans le plus grand nombre de cas, en pratique, la réouverture sera demandée par le failli poussé par le désir d'obtenir un concordat qui, le remettant à la tête de ses affaires, lui permettra de traiter en toute liberté les affaires qu'il a en vue.

Mais le failli s'adressera bien rarement au Tribunal par voie directe. Il ira trouver son syndic, déposera entre ses mains somme suffisante pour faire face aux frais et celui-ci provoquera alors la réouverture.

Bien que l'article 528 ne le prévoie pas, la réouverture doit être prononcée, comme la clôture, sur rapport du Juge-Commissaire à la faillite, par application de l'article 452 du Code de Commerce qui donne à ce magistrat mission d'accélérer et de surveiller les opérations de la faillite et veut qu'il fasse au Tribunal le rapport de toutes les contestations que la faillite pourra faire naître. Ce rapport peut être verbal : il suffit que le jugement en fasse mention.

Pour rendre sa décision le Tribunal jouit, de même que pour prononcer la clôture pour insuffisance d'actif, d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si les fonds dont on lui révèle l'existence sont ou non suffi-

(1) Amiens, 6 décembre 1881, Journ. Faillites, 1882, p. 406.

sants pour faire face aux frais que vont nécessiter les opérations de la faillite après leur réouverture.

II. — Publicité du jugement

Le jugement de rapport de clôture n'est, pas plus que le jugement de clôture lui-même, sujet à publicité. Nous avons montré que le jugement déclaratif étant publié dans des conditions insuffisantes, ce défaut de publication du jugement de clôture constituait, à notre avis, une grosse lacune de notre législation de la faillite, en raison de la subsistance du dessaisissement en face duquel les tiers appelés à traiter avec le failli ne sont pas protégés par leur bonne foi.

Pour le jugement de réouverture, le défaut de publicité présente de moins grands inconvénients. Sans doute le dessaisissement subsiste-t-il bien aussi, puisque la faillite n'a pas encore pris fin, mais les tiers en sont plus facilement avertis qu'en cas de clôture. En effet, le syndic est à nouveau redevenu seul maître de la situation : par les procès qu'il pourra avoir à intenter ou par les communications diverses qu'il pourra avoir avec les personnes intéressées, la connaissance de l'existence de la faillite se répandra davantage et les tiers seront moins exposés à voir leur bonne foi surprise. D'autre part, le cours normal des opérations de la faillite sera aussi de nature à faire davantage connaître le dessaisissement du débiteur : les différentes

convocations de créanciers, en effet, sont toutes soumises obligatoirement à la publication et cela donne évidemment aux tiers une plus grande possibilité de savoir qu'il existe une faillite.

Cependant il ne faudrait pas aller jusqu'à penser que le défaut de publicité du jugement de réouverture soit sans inconvénient. Les créanciers peuvent ignorer que la clôture est rapportée et que, comme conséquence, ainsi que nous le verrons ci-après, le droit de poursuite individuelle qu'ils avaient recouvré est à nouveau suspendu. Il peut donc se faire qu'un créancier non averti continue à exercer ce droit et à engager des frais contre son débiteur. Or, si l'article 528 dispose que les frais exposés à raison de l'exercice du droit de poursuite individuelle doivent être réglés par privilège (1), il est bien évident que cette disposition ne vise que les frais antérieurs au jugement de réouverture. Ceux qui sont exposés après ne peuvent même pas, à notre avis, faire l'objet d'une production à titre chirographaire.

Le défaut de publicité du jugement de rapport de clôture présente donc aussi des inconvénients et il serait à souhaiter, dans l'intérêt de tous, que cette publicité, comme celle du jugement de clôture pour insuffisance d'actif lui-même, fût rendue obligatoire.

(1) Et même pour certains auteurs avant la réouverture V. ci-dessus p. 74 et ss.

III. — Le jugement de réouverture est-il susceptible de voies de recours ?

Comme pour le jugement de clôture, le Code de Commerce garde le silence à ce sujet.

Mais il paraît bien que nous devons renouveler ici le raisonnement que nous avons tenu en ce qui concerne le jugement qui prononce la clôture des opérations.

Les seuls jugements, en effet, qui ne soient pas susceptibles des voies de recours ordinaires sont ceux qui sont énumérés par l'article 583 du Code de Commerce dont la liste est limitative puisque ses dispositions dérogent au droit commun.

Le jugement de réouverture n'étant pas compris dans l'énumération doit être considéré comme susceptible des voies de recours applicables aux autres jugements. La Cour d'Amiens a sanctionné cette solution qui paraît justifiée (1).

Il pourra donc être attaqué par la voie de l'opposition dans les conditions ordinaires et par la voie de l'appel dans les conditions applicables en matière de faillite.

La question du point de départ des délais pour l'exercice des voies de recours se pose ici comme pour les jugements de clôture, puisque les jugements de réouverture ne sont eux non plus jamais signifiés. Cepen-

(1) Amiens, 6 décembre 1881, précité.

dant les textes que nous avons cités nous obligent à conclure que les voies de recours sont applicables à ces jugements.

Pour des raisons bien faciles à comprendre la pratique révèle peu de cas où un jugement de réouverture des opérations d'une faillite ait été attaqué par une voie quelconque. Le Tribunal, en effet, ne rendra une telle décision qu'à bon escient, qu'au moment où il aura la certitude que les fonds sont suffisants pour suivre les opérations. On ne voit pas bien alors quel motif pourraient avoir un créancier ou le failli pour attaquer cette décision. Tous ont intérêt à voir les opérations suivre leur cours puisque c'est là le seul moyen pour les créanciers de recueillir ce qui doit leur revenir sur le montant de leur créance et pour le failli d'obtenir, en même temps qu'un concordat, le moyen de se réhabiliter.

CHAPITRE II

LES EFFETS DU JUGEMENT DE RÉOUVERTURE

Le jugement de rapport de clôture des opérations de la faillite a pour effet la reprise du cours normal de ces opérations qui s'étaient trouvées suspendues et d'arriver à une des solutions véritables de la faillite, le concordat ou l'union.

I. — Disparition du droit de poursuite individuelle

Cette reprise normale des opérations entraîne nécessairement pour les créanciers la disparition du droit de poursuite individuelle qu'ils avaient momentanément recouvré. Le retour à la procédure de la faillite a pour conséquence de centraliser à nouveau toutes les actions entre les mains du syndic et les créanciers ne seront plus recevables à agir séparément.

Les sommes touchées sur poursuites individuelles doivent-elles être rapportées à la masse ?

Les créanciers qui, pendant la clôture, auront usé du droit de poursuite individuelle qu'ils avaient à ce moment à leur disposition, pourront-ils conserver pour

eux seuls le bénéfice de ces poursuites ? Si l'un d'eux, par exemple, est parvenu à découvrir un bien appartenant au failli, et l'a fait saisir et vendre, pourra-t-il retenir les sommes provenant de la réalisation en paiement de sa créance particulière ?

Certains auteurs ont soutenu l'affirmative et ont reconnu ce droit à chacun des créanciers. A l'appui de cette opinion, on prétend qu'il est tout à fait naturel que le créancier qui s'est ainsi fait payer conserve pour lui seul le bénéfice des poursuites qu'il a exercées, car celles-ci n'ont en somme abouti qu'au paiement de ce qui lui était véritablement dû (1)

Cette thèse nous paraît inexacte. Sans doute, en cas de clôture pour insuffisance d'actif les créanciers recouvrent, un mois après la date du jugement qui l'a prononcée, leur droit de poursuite individuelle. Mais nous avons montré que cette restitution a uniquement pour but de suppléer à l'inaction possible du syndic, et ceci dans l'intérêt de tous : on a pensé que les créanciers plus nombreux et souvent plus rapprochés du débiteur auraient plus de facilités pour découvrir les biens dissimulés ou nouvellement échus au failli. Mais il n'a jamais été dans l'esprit du législateur de faire de cette restitution une prime à la diligence du créancier en permettant à celui-ci de prendre pour lui, à

(1) BEDARRIDE. II, p. 122 et 123. — NAMUR, Code de Commerce Belge révisé n° 1927.

l'exclusion des autres, le produit de la vente du bien qu'il a pu découvrir le premier.

D'ailleurs, en cas de clôture, la faillite subsiste toujours dans tous ses autres effets. Le dessaisissement ne disparaît pas et non plus l'idée essentielle d'égalité entre les créanciers qui préside à toute notre procédure de la faillite.

Le syndic pourra donc agir contre le créancier qui, par l'exercice du droit de poursuite individuelle, aura obtenu un avantage spécial quelconque, de manière à ce qu'un rapport à la masse soit effectué et que chacun touche un dividende proportionnel à sa créance sur l'actif qui a pu provenir de ces poursuites (1).

On peut encore invoquer à l'appui de cette doctrine un argument tiré de l'alinéa final de l'article 528 du Code de Commerce qui dispose qu'en cas de rapport du jugement de clôture, les frais de poursuite individuelle seront préalablement acquittés, c'est-à-dire que le créancier qui les a exposés doit en être remboursé. Nous avons exposé que ce n'était pas là, à notre avis, une des conditions impérieuses du rapport de la clôture et que nous pensions, au contraire, que le législateur avait seulement voulu que le créancier fût payé de ses frais quand il le réclamerait : le moyen le plus simple pour cela est d'ailleurs de déduire le montant

(1) THALLER et PERCEROU II. n° 1491. — LYON-CAEN et RENAULT VIII, n° 782.

des frais de la somme touchée sur poursuite individuelle et qui doit être rapportée à la masse.

On ne comprendrait plus bien cette disposition si ces poursuites ne devaient pas profiter à la masse des créanciers mais seulement à celui qui les a exercées (1). On ne voit pas, en effet, pour quel motif la masse aurait à supporter ces frais qui ne lui auraient profité en aucune sorte et qui auraient uniquement servi à procurer au poursuivant des avantages dont les autres créanciers auraient été privés.

Ainsi nous estimons que le créancier qui aura obtenu un paiement sur poursuites d'exécution, devra rapporter à la masse les sommes qu'il aura ainsi touchées (2). Ce rapport devra être effectué dans tous les cas, que le créancier ait touché par suite de la vente d'un bien sur saisie ou que le débiteur l'ait payé volontairement. La même règle doit encore être appliquée au cas où le règlement de la dette a eu lieu par la voie de la compensation (3).

Annulation des avantages particuliers consentis pendant la clôture.

Le principe d'égalité entre les créanciers qui subsiste toujours en cas de clôture pour insuffisance d'actif, malgré la restitution du droit de poursuite indivi-

(1) LYON-CAEN et RENAULT VIII, n° 782.

(2) Paris, 8 mars 1856, D. 56. 2. 139 ; S. 56. 2. 199 ; Dijon, 25 septembre 1900, Journ. Fail. 1900, p. 442.

(3) Aix, 20 mars 1884, S. 85. 2. 135.

duelle, doit de même faire annuler tous les avantages particuliers qu'un créancier, pendant cette clôture des opérations, aura pu obtenir au détriment de la masse des autres, autrement que par les conséquences légales et obligatoires des poursuites qu'il aura exercées (1).

Supposons notamment qu'un créancier, usant du droit de poursuite individuelle, ait pris contre le failli un jugement en vertu duquel il a fait inscrire une hypothèque judiciaire. Si, dans la suite, une succession comprenant des immeubles vient à échoir au failli, et que le jugement de clôture soit rapporté, l'hypothèque précédemment prise par le créancier poursuivant devra être considérée comme inopposable à la masse (2). Il serait inadmissible, en effet, qu'un créancier pût ainsi obtenir, par une hypothèque judiciaire, un droit de préférence qui ne serait pas valable s'il avait été constitué par le failli par une hypothèque conventionnelle.

Il faut même ajouter que le créancier garanti par une hypothèque inscrite dans ces conditions, ne peut s'opposer à la radiation que dans certaines limites. Il ne doit pas, par ses agissements, entraver les opérations de la faillite : sinon il peut être condamné à

(1) La validation d'une saisie arrêt entraîne en effet légalement affectation particulière au profit de celui qui l'obtient.

(2) Trib. Com. Marseille 11 octobre 1900, Journ. des Fail. 1902, p. 124. Trib. Com. Marseille, 7 novembre 1900, Rec. Marseille 1901, 51.

payer au syndic, représentant de la masse des créanciers, des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il a causé à celle-ci en retardant d'une manière abusive la répartition aux créanciers du produit de la réalisation de l'actif (1).

II. — Droits des divers créanciers après la réouverture des opérations

A propos de la répartition possible de l'actif après réouverture se pose la question que nous avons entrevue, lors de notre étude sur la clôture, des droits des différents créanciers sur l'actif de la faillite réouverte.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Il n'existe pas de nouveaux créanciers.*

Si l'on suppose qu'à partir du moment où les opérations de la faillite ont été clôturées pour insuffisance d'actif le débiteur n'a exercé aucun commerce, s'est contenté de travailler comme ouvrier ou comme employé pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille et qu'il n'ait pas créé de passif nouveau, aucune difficulté ne se présente évidemment. Lorsque le jugement de clôture sera rapporté, dans cette hypothèse, les seuls créanciers qui existent et qui sont tous antérieurs au jugement déclaratif de faillite seront admis au passif, comme si la faillite n'avait jamais été

(1) Paris, 15 décembre 1898, Journ. Fail. 99 p. 155.

clôturée et ils participeront, selon les règles ordinaires, à la répartition de l'actif si la faillite se termine par l'union des créanciers ou un concordat par abandon.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Il existe des nouveaux créanciers.*

Le problème, au contraire, est difficile à résoudre si des créanciers nouveaux interviennent.

Le failli, auquel nous avons reconnu le droit d'exercer son activité comme il l'entend pourvu qu'il ne porte aucun préjudice à la masse des créanciers et qu'il ne diminue en rien la valeur des biens soumis au dessaisissement, a pu parfaitement faire un nouveau commerce depuis la clôture de sa faillite.

Le commerce reposant essentiellement sur le crédit, il semble très difficile d'en exercer un sans y avoir recours et il est donc naturel qu'à cette occasion le failli ait contracté de nouvelles dettes.

Il est, d'autre part, incontestable, ainsi que nous l'avons ci-dessus établi, que le dessaisissement subsiste pendant la clôture et que, comme il s'applique dans notre législation aux biens à venir comme aux biens présents, les nouveaux éléments d'actif que le failli aura ainsi acquis par l'exercice de ce commerce tomberont sous son effet et entreront dans le gage de la masse des créanciers antérieurs à la faillite.

Ceux-ci seront donc admis certainement à participer aux répartitions pouvant provenir de la réalisation de ces nouveaux biens.

Mais quel sera le sort réservé aux nouveaux créanciers, à ceux qui ont fait confiance au failli et qui, par le crédit qu'ils lui ont accordé, ont contribué à créer les nouveaux éléments d'actif sur lesquels les anciens créanciers vont pouvoir obtenir le paiement d'une partie sinon de la totalité de ce qui leur est dû ?

Nous allons voir qu'à ce sujet la majorité des auteurs est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de Cassation dont la théorie ne se trouve pas être en corrélation avec les conséquences que devrait logiquement entraîner sa théorie du dessaisissement.

Les auteurs pensent que les biens ainsi acquis dans l'exercice du nouveau commerce, quoique soumis au dessaisissement, ne sont acquis à la masse que « cum sua causa » et qu'il y a lieu de respecter la règle d'équité « Bona non dicuntur nisi deducto oere alieno » (1).

Les créanciers dont le droit est né en raison de l'exercice de ce nouveau commerce ont, en effet, augmenté le nouvel actif : sans eux celui-ci n'aurait peut-être jamais existé et les créanciers antérieurs n'auraient peut-être jamais eu des éléments quelconques à leur disposition pour obtenir la réouverture des opérations. Il semble naturel, dans ces conditions, de considérer ces créanciers qui ont contribué à la formation

(1) PARDESSUS, T. III, n° 1117. — RENOARD T. I., p. 296. — BEDARRIDE, T. I. n° 84 *bis*. — THALLER et PERCEROU I. n° 530. LYON-CAEN et RENAULT, VII, n° 250.

de l'actif nouveau comme des créanciers de la masse plutôt que comme des créanciers dans la masse. Et l'on devrait en conclure que, sur les biens formant le nouvel actif, ces créanciers doivent être payés intégralement avant que les créanciers anciens puissent rien prétendre. Si l'on ne veut pas admettre cette théorie et que l'on fasse passer les créanciers anciens avant ceux qui ont participé à la formation du nouvel actif, ou même si on les fait concourir sur cet actif nouveau, la masse s'enrichit injustement au détriment des nouveaux créanciers et il n'est pas besoin d'insister pour prouver que cette solution ne peut être admise.

Certaines décisions de jurisprudence (1) ont consacré cette opinion qui nous paraît la seule acceptable.

D'autres au contraire, et ce sont les plus nombreuses, ont jugé dans un sens tout différent (2). On doit noter d'ailleurs que la Cour de Cassation elle-même avait tracé la route aux autres juridictions (3).

Il s'agissait dans l'espèce soumise à la Cour suprême d'un débiteur qui, une première fois en faillite, l'avait été une seconde à l'occasion d'un nouveau commerce : ceci n'a d'ailleurs aucune importance pour l'examen de notre question qui se posait de la même manière.

(1) Caen, 12 mars 1885, Rec. Caen et Rouen 1885. — Trib. Com. Marseille, Recueil Marseille 1901, I. 321.

(2) Trib. Com. Seine, 27 mai 1898, Gaz. Pal. 1899. 1. 101. — Dijon, 25 septembre 1900, Journ. Fail. 1900, p. 442.

(3) Civ. 22 novembre 1887, D. 1888. I. 326, cassant l'arrêt précité de la Cour de Caen.

Alors qu'il eût paru équitable d'admettre les nouveaux créanciers qui avaient participé à la création et à la marche du nouveau commerce par préférence aux créanciers de la première faillite, sur le nouvel actif, la Cour de Cassation, sans leur refuser tout droit de production, ne leur permet de venir qu'en concours avec les anciens créanciers.

Cette solution nous paraît peu logique (1). En effet, ou bien l'on veut faire produire au dessaisissement ses effets les plus complets et l'on doit alors conclure que les nouveaux créanciers doivent être totalement inconnus des anciens et n'ont aucun droit sur le nouvel actif soumis au dessaisissement ; ou bien, au contraire, on admet comme nous estimons qu'il est juste de le faire, que le principe du dessaisissement doit être tempéré par la règle d'équité « non sunt bona nisi deducto oere alieno », et alors on doit dire que les créanciers nouveaux passeront avant les anciens sur l'actif nouvellement acquis au débiteur.

De toute façon il nous semble impossible d'admettre la théorie de la Cour de Cassation qui paraît d'une part manquer de logique et d'autre part méconnaître les règles les plus élémentaires de l'équité.

Nous concluerons donc, avec la majorité des auteurs, que les nouveaux créanciers devront être admis à participer à la répartition du nouvel actif avant les créanciers anciens.

(1) V. THALLER et PERCEROU, T. I, p. 493, note 1.

Mais il est bien évident que cette conclusion ne peut s'appliquer qu'à ceux des créanciers nouveaux dont le droit est né à l'occasion du nouveau commerce.

S'il en est, au contraire, dont le droit est né postérieurement à la clôture et pour une cause étrangère à ce nouveau commerce, ils n'ont sur les nouveaux biens aucun droit de concours avec les créanciers antérieurs à la faillite, puisque ces biens comme les anciens sont soumis au dessaisissement.

Cette solution qui nous paraît aujourd'hui incontestable, n'était pas toujours admise sous l'Empire du Code de 1807 et certains arrêts avaient admis des créanciers dont le droit avait une cause tout à fait étrangère à l'acquisition des nouveaux biens à concourir avec les créanciers anciens : aussi la loi de 1838 est-elle intervenue pour donner à l'article 443 sa rédaction actuelle qui ne permet plus aucune équivoque ni l'admission d'une telle solution.

En outre, il est à peine besoin de dire que les nouveaux créanciers, même si la cause de leur créance se rattache au nouveau commerce, n'ont aucune prétention à avoir sur les autres biens qui peuvent former l'actif de la faillite.

Ces droits des différents créanciers seront fixés par les admissions au passif qui seront faites au cours des opérations. Il suffira notamment, pour attribuer au créancier nouveau le droit exclusif qu'il a sur le nouvel actif, de l'admettre par privilège sur ce bien. Aussi

comprend-on bien que nous ne reconnaissons au créancier qui l'est devenu après la clôture, à raison de l'exercice d'un nouveau commerce, qu'un seul droit, dans le cas où les résultats de ce commerce ne seraient pas favorables, celui de demander la réouverture des opérations. Par ce moyen, en effet, la prétention qu'il peut avoir d'être payé avant les créanciers anciens peut aussi bien être respectée que si une seconde faillite était déclarée. D'autre part, cette solution a le grand mérite à nos yeux de ne pas transgresser le principe fondamental dans notre législation de l'unité de la faillite:

Les différentes admissions faites par le syndic permettent aux créanciers de participer à la répartition des sommes provenant de la réalisation de l'actif dans le rang où la qualité de leur créance doit les faire placer.

Situation des nouveaux créanciers en cas de concordat après réouverture.

Une question se pose pour le cas où la faillite au lieu d'aboutir, après réouverture, à l'union prend fin par un concordat. Les engagements pris par le débiteur, après vote par les créanciers et homologation par le Tribunal seront applicables à tous les créanciers antérieurs à la déclaration de faillite. Mais, le seront-ils également aux créanciers dont le droit est né postérieurement ?

Un arrêt récemment rendu par la Cour de Paris (1) assujettit cette catégorie de créanciers aux conditions concordataires motif pris de ce que la clôture pour insuffisance d'actif laisse subsister les effets légaux de la faillite à laquelle elle ne met pas fin ; la clôture crée seulement, ajoute la Cour, une suspension des opérations de la faillite, mais l'incapacité contractuelle et le dessaisissement du failli persistent toujours : dans ces conditions celui-ci ne peut contracter de nouvelles dettes opposables à la masse et, s'il en contracte, ceux envers lesquels il s'est obligé ne sont que des créanciers dans la masse et qui ne peuvent prétendre qu'au dividende concordataire accepté par la masse.

Cette théorie nous semble très contestable. Depuis longtemps déjà certains auteurs ont affirmé le contraire et soutenu que les nouveaux créanciers ne peuvent être liés par un concordat.

Les considérants de l'arrêt de la Cour de Paris sont bien conformes aux conséquences universellement reconnues du jugement de clôture pour insuffisance d'actif mais la conclusion qu'il en tire ne nous paraît pas logique.

Le dessaisissement en effet, comme le dit l'arrêt, est maintenu en cas de clôture. Si l'on apporte à ce principe, comme nous le faisons le tempérament de la règle « non sunt bona... », et qu'il s'agisse d'un créan-

(1) Paris 2 mars 1923, Journ. Fail. 1924, p. 97 ; Journ. Trib. ; Com. 1924, p. 302.

cier dont le droit se rattache au nouveau commerce, sa créance doit être considérée comme privilégiée sur les nouveaux biens et on ne peut prétendre lui imposer les conditions concordataires votées par les anciens créanciers.

Si au contraire, ce qui nous paraît peu équitable, on veut appliquer le principe du dessaisissement dans toute sa rigueur, ou bien s'il s'agit d'un créancier dont le droit ne puise pas sa source dans un bien nouvellement acquis au débiteur, on ne voit pas encore, à notre avis, comment on peut le soumettre au concordat. Dans ces hypothèses, en effet, en raison du dessaisissement qui persiste, le failli ne pouvait valablement contracter cette dette à l'égard de la masse et ce créancier ne pourrait prétendre être admis au passif de la faillite réouverte. S'il y avait répartition d'actif, il n'y participerait pas et ne recevrait aucun dividende. Il est donc exclu de la masse. Or le concordat n'est autre chose qu'un contrat intervenant entre la masse et le débiteur. La majorité peut bien faire la loi aux autres créanciers qui composent cette masse mais elle ne peut évidemment pas engager ceux qui n'en font pas partie. Il faudrait donc, pour admettre la thèse de la Cour de Paris, dire que le créancier dont il s'agit qui est exclu de la masse en cas de répartition, en fait partie en cas de concordat. Cela nous paraît illogique et impossible à admettre. Et d'ailleurs, on ne voit plus très bien quelle serait la situation de ce créancier au

cas où le débiteur obtiendrait un concordat par abandon d'actif avec engagement de parfaire un certain dividende.

Nous pensons donc qu'en aucun cas le concordat voté par la masse ne peut être opposé aux créanciers dont le droit est né postérieurement.

Telles sont les différentes questions que nous voulions étudier à propos du rapport du jugement de clôture pour insuffisance d'actif.

En fait, ce retour au cours normal des opérations est assez rare et la plupart des faillites clôturées pour insuffisance d'actif le reste indéfiniment.

Quand il n'y a pas de rapport du jugement de clôture, les créanciers conservent le droit de poursuite individuelle qu'ils ont recouvré par suite de ce jugement, le dessaisissement subsiste et la situation vague et indécise créée par le jugement de clôture continue sans fin possible. Le failli ne pourrait même pas, en justifiant du paiement de tous les créanciers qui se sont révélés, obtenir un jugement déclarant qu'en raison de ce règlement il n'y a pas lieu de reprendre les opérations de la faillite et que celle-ci est terminée (1) : les deux seules solutions possibles de la faillite sont le concordat ou l'union. Cependant, il est évident que, dans cette hypothèse, la justification du règlement intégral des dettes, en principal, intérêts et frais, serait

(1) LYON-CAEN et RENAULT, VIII, n° 783. — Paris 25 mars 1879, D. 79. 2. 97.

suffisante pour que le débiteur puisse obtenir sa réhabilitation, conformément à l'article 604 du Code de Commerce et cela même si le jugement de clôture pour insuffisance d'actif n'avait pas été au préalable rapporté.

Lorsque les opérations de la faillite clôturées ne sont pas réouvertes, la situation créée par le jugement de clôture se prolonge même après le décès du failli (1) : les héritiers ne peuvent donc, pas plus que cela aurait été possible au failli qui était dessaisi, s'immiscer dans l'administration de la faillite (2).

Ces explications nous montrent bien que la clôture pour insuffisance d'actif n'est pas une solution de la faillite. Les opérations seules sont suspendues, mais la faillite subsiste avec toutes ses conséquences sauf une, la suspension du droit de poursuite individuelle. Ce serait donc une erreur de comparer la clôture pour insuffisance d'actif au concordat ou à l'union. Cependant on l'étudie toujours en même temps que ces deux solutions de la faillite et on la place, dans les statistiques (3), à côté des unions, concordats simples ou par abandon et jugements rapportant les faillites en raison du paiement du passif. Ce rapprochement s'ex-

(1) THALLER et PERCEROU II, p. 558, note I. — LYON-CAEN et RENAULT VIII, n° 784.

(2) Rouen, 11 mai 1878, D. 80. 2. 16.

(3) V. Statistique annuelle de la justice civile et commerciale.

plique par le fait que nous signalions ci-dessus qu'il est plutôt rare de voir les opérations d'une faillite clôturées pour insuffisance d'actif être réouvertes et que, lorsqu'il n'est pas rapporté, le jugement de clôture constitue le dernier acte auquel donne lieu la faillite bien qu'elle continue à exister avec tous ses effets.

TROISIEME PARTIE

DROIT COMPARÉ

Ayant examiné, dans leurs principales conséquences, les règles que la loi du 28 mai 1838 a introduites dans le Code de Commerce français en ce qui concerne la clôture pour insuffisance d'actif, nous allons rechercher par quels moyens les législateurs étrangers ont essayé de remédier à la situation que crée le manque ou l'insuffisance de l'actif dans les procédures instituées en cas de déconfiture du débiteur.

Les mesures auxquelles on a eu recours dans les pays étrangers diffèrent souvent les unes des autres dans le principe et, plus fréquemment encore, dans les conséquences à en tirer et les détails d'application pratique.

Aussi, comprend-on bien qu'il soit difficile d'établir une classification entre ces législations différentes.

Cependant, nous nous sommes efforcés, pour la clarté de nos explications, de rechercher les principes qui ont guidé ces différents législateurs pour en faire ensuite la base de notre classification.

Signalons dès à présent et pour ne plus revenir sur ce sujet dans la suite, que certaines lois étrangères ne comportent aucune disposition relative au manque de fonds dans les faillites.

Nous citerons notamment dans ce sens le Code de Commerce espagnol du 22 août 1885 (1), le Code de Commerce portugais de 1888 (2) et le Code de Commerce mexicain du 15 septembre 1889 (3) ; de même en Serbie (4) aucune mesure n'a été prise concernant cette éventualité.

En dehors de ces législations qui n'ont pas envisagé le problème qui nous intéresse il nous a semblé que les autres pouvaient être classées en deux catégories assez distinctes.

Un premier groupe de législations comprend celles qui remédient au manque de fonds par une mesure analogue à la clôture pour insuffisance d'actif de la loi française. Dans chacune des lois que nous ferons entrer dans cette catégorie nous aurons à relever des différences avec notre système, notamment en ce qui concerne les conséquences du jugement qui prononce la clôture des opérations. Cependant nous retrouverons dans toutes une même idée : la clôture pour insuffisance d'actif est en état essentiellement provisoire et

(1) Code de Commerce espagnol, trad. par PRUD'HOMME.

(2) Code de Commerce portugais, trad. par LEHR.

(3) Code de Commerce mexicain trad. par PRUD'HOMME.

(4) Lois commerciales de l'Univers, T. 36, p. 46.

les opérations de la faillite, qui subsiste toujours bien qu'avec des effets plus ou moins restreints, doivent être reprises dès qu'il est révélé au Tribunal qu'il existe des fonds permettant de faire face aux frais.

Dans un second groupe, les différents législateurs se sont plutôt attachés à l'idée qu'une faillite ne devait exister qu'autant qu'il y aurait des fonds pour assurer la marche de la procédure. On exige du créancier qui demande au Juge compétent de prononcer une faillite qu'il justifie de l'existence d'un actif permettant de suivre les opérations, ou bien on l'astreint à supporter les frais qui sont exposés. Dans ce dernier cas, il ne peut pas y avoir de faillites dont les opérations ne puissent être suivies faute de fonds et dans le premier non plus, en principe, puisque s'il n'en existe pas, la faillite n'est pas déclarée. Cependant l'insuffisance de l'actif peut ne se révéler qu'au cours même des opérations : dans cette hypothèse, ces différentes législations, mettent fin aux opérations de la faillite soit en la clôturant d'une manière définitive, soit même en la rapportant. La principale des lois qui font partie de cette catégorie est la loi allemande du 10 février 1877 modifiée le 17 mai 1898.

Nous devons signaler qu'en dehors de ces deux grands systèmes certains législateurs se sont efforcés de parer à l'insuffisance de l'actif dans une faillite par des dispositions toutes différentes. Ils ont pensé, lorsque l'actif est insuffisant, qu'une simplification de la

procédure et une réduction des frais permettraient de suivre tout de même les opérations.

Dans ce sens nous pouvons citer la loi anglaise du 25 août 1883 (1) qui a institué un système que l'on a souvent appelé le système des « Petites Faillites » pour le cas où l'actif qui se révèle ne dépasse pas 300 livres sterling.

Certaines législations sont même allées jusqu'à établir pour la faillite un régime analogue à notre assistance judiciaire.

Des mesures de cette nature peuvent d'ailleurs facilement être édictées dans des pays régis par des législations se rattachant à l'un ou l'autre des deux principaux groupes que nous signalions ci-dessus.

Nous avons déjà vu en droit français une règle qui peut être rattachée à ce genre de dispositions, dans l'article 461 du Code de Commerce qui prévoit la gratuité de certains frais, mais seulement dans des conditions très limitées et très nettement déterminées.

En Belgique dont la législation doit, à notre avis, être rattachée au système français, une loi du 26 décembre 1882 a disposé que s'il y avait présomption d'insuffisance d'actif, le Tribunal pouvait décider que la procédure serait suivie sans frais.

Une règle analogue a été édictée dans le Grand Duché de Luxembourg par une loi du 15 mars 1892.

(1) Loi anglaise du 25 août 1883 sur les faillites trad. par
-M. LYON-CAEN.

De même, nous verrons que la loi des Pays-Bas que nous comprendrons dans notre second groupe dispose (Loi du 30 septembre 1893 modifiée le 6 septembre 1895, art. 16) que le Tribunal peut, sur la proposition du Juge-Commissaire et après avoir entendu la commission des créanciers si elle existe, ordonner la procédure gratuite.

Ces mesures ne constituent pas à vrai dire un système particulier puisqu'elles peuvent être prises dans des législations opposées les unes aux autres. Nous avons cependant tenu à les mentionner ici, mais nous nous bornerons à leur sujet aux quelques explications que nous en avons données ci-dessus.

Nous allons maintenant examiner les principales législations que comprennent les deux groupes qu'il faut, à notre avis, distinguer en la matière.

Nous étudierons d'abord le groupe français en recherchant les principales différences que présentent les lois que nous y ferons entrer avec les règles contenues dans les articles 527 et 528 de notre Code.

Dans le second groupe que nous examinerons ensuite, nous dégagerons les principales caractéristiques de la législation allemande et nous montrerons les traits particuliers des lois qui s'y rattachent.

SECTION I. — GROUPE FRANÇAIS

Parmi les législations que nous comprendrons dans ce premier groupe, celle dont les dispositions se rap-

prochent le plus de la clôture pour insuffisance d'actif telle qu'elle est établie en France est celle qui est en vigueur en Belgique.

La loi du 18 avril 1851 modifiée par celle du 29 juin 1887 a introduit, en effet, dans l'article 526 du Code de Commerce Belge (1) des règles tout à fait semblables, du moins sur la plupart des points, à celles que nous avons eues à examiner pour la France.

La clôture pour insuffisance d'actif peut être prononcée par le Tribunal dans les mêmes cas et dans les mêmes conditions de forme et de fond.

L'effet du jugement qui la prononce est de faire rentrer les créanciers dans l'exercice de leurs actions individuelles en laissant, du moins en apparence, subsister toutes les autres conséquences du jugement déclaratif de la faillite. Comme en France encore, l'exécution du jugement de clôture est suspendue pendant un mois de sa date.

Et, de même que l'a voulu notre législateur de 1838, la situation ainsi créée par cette décision a un caractère essentiellement provisoire. C'est ainsi que la loi belge contient une disposition analogue à celle de l'article 528 du Code de Commerce français : tout intéressé peut à toute époque faire rapporter la clôture en apportant les mêmes justifications que celles qui sont exigées en France.

(1) Code de Commerce annoté par PICARD et SIVILLE.

Il semble résulter de cet exposé rapide des dispositions de la loi belge que celle-ci ne diffère en aucune manière de la nôtre.

Pourtant l'article 526 contient une règle qui n'existe pas en France : le Tribunal peut, par le jugement de clôture, prononcer sur l'excusabilité du failli. Cette mesure ne se trouve pas dans notre loi, mais nous avons eu cependant à en parler, car lors de la discussion de la loi de 1838, un amendement proposé avait pour objet de l'y faire entrer. Cet amendement a été repoussé et nous avons dit que nous pensions que c'était avec juste raison. La déclaration d'excusabilité permet, en effet, au failli d'échapper à la contrainte par corps et accorder cette possibilité en cas de clôture était, à notre avis, enlever à l'institution la plus grande partie de son utilité. Aujourd'hui, du fait de la suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale qui a eu lieu en Belgique (loi du 27 juillet 1871) comme en France, la question présente évidemment beaucoup moins d'intérêt.

Si cette différence est la seule à signaler entre la loi belge et la loi française en ce qui concerne leurs textes, il en est une beaucoup plus importante en ce qui touche la doctrine et la jurisprudence.

Les auteurs berges (1) et les tribunaux (2) admettent

(1) Namur. Le Code de Commerce belge révisé n° 1927 et 1928.

(2) Bruxelles, 28 mai 1879. Jurisprudence du Port d'Anvers 1880. 2. 101.

que la clôture pour insuffisance d'actif, en même temps qu'elle met fin à la suspension du droit de poursuite individuelle de chaque créancier, fait cesser le dessaisissement auquel le jugement déclaratif avait soumis le failli.

On aperçoit immédiatement l'importance pratique de cette différence avec ce qui est admis en France. Les créanciers postérieurs à la clôture par exemple, concourront avec les créanciers antérieurs sur les biens que le failli aura pu nouvellement acquérir. D'autre part, chacun des créanciers pourra, à la suite de ses poursuites individuelles, obtenir du failli un paiement qui lui restera définitivement acquis et ne fera pas l'objet d'un rapport à la masse en cas de réouverture. Nous avons vu qu'en France la jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour repousser de telles solutions qui, d'ailleurs, peuvent difficilement être justifiées avec les règles qui sont contenues dans nos articles 527 et 528 et que l'on retrouve dans l'article 526 du Code de Commerce belge. Ainsi on ne voit pas bien comment on peut exiger que les frais de poursuites individuelles soient « préalablement acquittés » (art. 526) si le créancier qui les a exercées n'a pas à restituer à la masse les sommes qu'il a pu encaisser de ce fait.

Dans le Grand Duché de Luxembourg, la loi du 2 juillet 1870 (1) a édicté des dispositions semblables sur

(1) Code du Commerce, de l'Industrie et du Travail par RUPPERT (art. 536).

tous les points à celles que nous venons d'examiner pour la Belgique. Aussi ne nous y attarderons nous pas.

Nous devons maintenant étudier des législations dont les règles, bien que procédant toujours du même principe initial, comportent avec nos dispositions des différences plus nombreuses mais bien souvent sans grande importance pratique.

En Italie, les règles concernant la clôture sont contenues dans les articles 817 et 818 du Code de Commerce promulgué le 31 octobre 1882 (1). Il faut noter, en premier lieu, que cette loi ne donne aucune précision en ce qui concerne la date jusqu'à laquelle la clôture peut être prononcée.

Ensuite, le Tribunal ne peut pas rendre sa décision sur le simple rapport du Juge-Commissaire : il doit entendre le curateur, la commission des créanciers et le failli. Cette règle est un obstacle certain à l'application pratique de la mesure, car comment s'y soumettre lorsque le failli a disparu ?

Enfin, si le jugement de clôture produit le même effet qu'en France, et cela dès qu'il est rendu, sans qu'il soit laissé au failli un délai d'un mois, il semble bien qu'on doive, d'après la loi italienne, décider que le dessaisissement du failli cesse comme en Belgique. En effet, l'article 818 qui institue le rapport du juge-

(1) Code de Commerce Italien, trad. par TURREL.

ment de clôture dispose qu'il faudra, à la reprise des opérations, se conformer à la procédure de l'article 815, c'est-à-dire inviter les créanciers qui auront pu traiter dans l'intervalle avec le failli à produire leurs titres. Il faut donc en déduire que les engagements que le failli a pu ainsi prendre sont valables à l'égard des créanciers antérieurs et par conséquent que le dessaisissement a cessé.

En Roumanie, la loi sur les faillites du 20 juin 1895 (1), modifiée le 31 mars 1900, a pris dans les articles 832 et 833 des dispositions analogues à celles du Code de Commerce Italien.

Nous allons encore trouver des législations basées sur le système français parmi celles des Etats de l'Amérique du Sud.

Dans la République Argentine, le Code de Commerce du 9 octobre 1889 (2) a institué, dans ses articles 1492 et 1493, la clôture pour insuffisance d'actif, mesure essentiellement provisoire que la survenance de fonds doit faire rapporter. On doit noter parmi ses dispositions des différences avec la loi française analogues à celles que nous avons relatées à propos du Code de Commerce Italien. Aucune limite n'est fixée à l'époque jusqu'à laquelle la clôture peut être pronon-

(1) La Loi Roumaine sur les faillites, trad. par Ed. de BON-
NEMAINS et R. P. VOINESCO.

(2) Code de Commerce Argentin, trad. par Henri PRU-
D'HOMME.

cée. Pour rendre son jugement, le Tribunal doit prendre l'avis du syndic. Enfin, comme en Italie, le législateur Argentin n'a pas comme le législateur Français accordé au failli un délai de grâce d'un mois pour faire les dernières démarches qui lui permettront peut être de se soustraire aux effets parfois rigoureux du jugement qui prononce la clôture des opérations de la faillite.

Ces dispositions de la loi argentine ont été reproduites en tous points au Pérou par la loi du 15 février 1902 (1). Nous n'insisterons donc pas sur les règles de cette loi.

La dernière législation que nous mentionnerons dans ce groupe est celle qui a été introduite au Chili par la loi du 23 novembre 1865 (2) et qui est contenue dans les articles 1495 à 1497 du Code de Commerce.

Parmi toutes les lois que nous avons examinées, la loi chilienne est la seule qui admette expressément, et malgré quelques différences de détail, un système semblable à celui du Code de Commerce français. Le législateur a même pris le soin d'incorporer dans le texte de la loi des précisions sur les effets du jugement de clôture que la loi française a laissé à l'appréciation de la jurisprudence et des auteurs. C'est ainsi que l'article 1496 dispose que le jugement qui suspend les opérations de la faillite «...laisse subsister l'état de faillite

(1) Annuaire de législation étrangère, 1902, p. 738.

(2) Code Commerce Chilien, trad. par Henri PRUD'HOMME.

« mais restitue aux créanciers le droit d'exécuter individuellement la personne et les biens du failli ». Malgré l'apparence qu'elle peut avoir, cette précision n'est pas excessive puisqu'ainsi que nous l'avons vu en Belgique, la liberté laissée par le législateur a amené la doctrine et la jurisprudence à des conclusions que nous ne pouvons considérer comme susceptibles de justification.

La loi chilienne présente une première différence avec le Code de Commerce français, en ce qui concerne le délai d'un mois qu'elle ne prévoit pas.

En outre le Code Chilien admet, à propos de la clôture pour insuffisance d'actif, une règle analogue à la déclaration d'excusabilité. Cependant, il ne veut pas encore ici laisser le Tribunal entièrement libre d'apprécier s'il doit ou non accorder l'excusabilité au débiteur et il limite ce pouvoir d'appréciation en stipulant que « le Tribunal ne peut délivrer un ordre d'exécution personnelle que dans les cas de faillite frauduleuse ou coupable ». (art. 1497, al. 2).

Telles sont les principales législations comprises dans notre premier groupe et les dispositions essentielles qu'elles contiennent.

Ainsi qu'on a pu le voir, malgré les différences de détail que l'on y peut rencontrer et même malgré les divergences importantes en ce qui concerne les effets du jugement qui prononce la clôture, toutes ces lois présentent avec la législation française un caractère

commun qui permet de les grouper : elles organisent une clôture de la faillite lorsqu'à un moment quelconque des opérations, les fonds sont insuffisants pour faire face aux frais, mais cette clôture laisse subsister (plus ou moins suivant les pays) les effets du jugement déclaratif, sauf en ce qui concerne le droit de poursuite individuelle qui est restitué, et les opérations de la faillite doivent être reprises et poursuivies dès qu'il est porté à la connaissance du Tribunal qu'il existe des fonds suffisants pour couvrir les frais.

SECTION II. — GROUPE ALLEMAND

Les législations que nous faisons entrer dans ce groupe ne connaissent pas la clôture pour insuffisance d'actif telle que nous l'avons rencontrée en droit français.

L'idée que nous avons cru pouvoir dégager de toutes les lois rattachées au système français n'est pas prise en considération par celles que nous allons maintenant examiner.

Le principe auquel elles paraissent s'attacher est qu'une faillite ne doit pas exister sans fonds pour faire face aux frais.

Pour arriver au but qu'elles cherchent à atteindre, les unes exigent du demandeur en déclaration de faillite qu'il justifie de l'existence d'un actif suffisant ou

qu'il consigne la somme nécessaire, faute de quoi la faillite ne peut être déclarée. Il peut, dans ce cas, se produire qu'au moment de la déclaration de faillite on ait surestimé les éléments d'actif et que ceux-ci se révèlent ensuite insuffisants : alors la faillite est rapportée.

La nécessité de l'existence de fonds pour suivre la procédure se manifeste dans d'autres législations par l'obligation mise à la charge de celui qui a provoqué la faillite de supporter les frais exposés. Certaines imposent cette charge jusqu'à la fin des opérations, d'autres, au contraire, jusqu'à un certain point seulement de la procédure.

La plus importante des lois comprises dans ce groupe, et c'est la raison du titre que nous lui avons donné, est la loi allemande sur les faillites du 10 février 1877 modifiée le 17 mai 1898 (1).

Cette loi fait partie de celles qui refusent de déclarer une faillite si l'on ne justifie pas de l'existence de fonds pour faire face aux frais.

L'article 107 dispose que la demande en déclaration de faillite sera « rejetée » si le Tribunal estime que l'actif n'atteint pas le montant des frais de procédure. Cependant, le demandeur est admis à consigner une somme suffisante pour faire admettre sa demande.

Les frais auxquels l'actif doit permettre de faire face

(1) Code de Commerce. Lois sur la faillite, trad. par Paul CARPENTIER.

sont, aux termes de l'article 58, les frais de justice pour la procédure commune, les dépenses d'administration, de réalisation de l'actif et de répartition aux créanciers, et même les secours au failli et à sa famille. On voit donc bien que le législateur prend toutes les précautions pour que la procédure ne soit, à aucun moment, arrêtée faute de fonds.

Et si, malgré cela, l'actif vient à manquer au cours de la faillite, le Tribunal ayant accordé une valeur trop forte aux éléments qui, lui avaient été signalés ou bien des frais imprévus ayant dû être engagés, alors le législateur allemand, poursuivant dans toutes ses conséquences, le principe auquel il s'est attaché, veut que la faillite disparaisse. Le Tribunal peut, dans ce cas, rapporter la faillite (art. 204). Liberté est laissée à celui qui voudrait empêcher ce rapport de consigner la somme nécessaire pour poursuivre la procédure.

Lorsque ce rapport est prononcé, les effets du jugement déclaratif cessent. Les créanciers recouvrent bien comme en France le droit de poursuivre individuellement leur débiteur, mais, en outre, l'article 206 précise que le failli recouvre lui aussi un droit, celui de disposer librement de l'actif qu'il pouvait avoir au moment de la déclaration de faillite. Il ne peut évidemment pas s'agir de l'actif qu'il aurait pu acquérir postérieurement, puisque le dessaisissement ne s'appliquant pas, d'après la loi allemande, aux biens à

venir, il conservait pendant la faillite le droit d'en disposer à sa guise.

Ce rapport de la faillite qui en fait disparaître les effets est, contrairement à notre clôture pour insuffisance d'actif soumis à la publicité (art. 205). Le jugement qui le prononce doit être publié avec ses motifs dans les mêmes formes que le jugement déclaratif de la faillite.

Tels sont les principaux caractères du système allemand. Ainsi que l'on a pu s'en rendre compte, ce système est sur tous les points en opposition avec notre théorie de la clôture pour insuffisance d'actif. Il semble même que certaines de ces règles seraient incompatibles avec l'esprit général de notre droit.

Une disposition comme celle contenue dans l'article 107 par exemple, nous paraîtrait bien impossible à incorporer dans notre législation. Nous sommes, en effet, habitués à considérer la faillite comme une tare dont doit être marqué le commerçant qui s'y laisse conduire et c'était bien là l'esprit du législateur français de 1807. L'insuffisance de fonds ne nous paraît donc pas un motif de nature à mettre obstacle à la déclaration de faillite et à permettre au débiteur malhonnête de se soustraire aux conséquences infamantes que les fautes qu'il a commises doivent entraîner.

Sans doute, aujourd'hui, les déchéances attachées à la faillite ne sont plus de bien grande importance. Mais il est en tout cas un autre motif qui, semble-t-il,

rend difficile l'adoption d'une règle de ce genre. Pour celui qui veut demander au Tribunal de déclarer une faillite, l'obligation de justifier de fonds suffisants ou de consigner la somme nécessaire sera, le plus souvent, un obstacle à l'introduction de la demande. Devant les nouveaux frais qu'ils devraient engager, les créanciers renonceront à demander la faillite et, dans ce sens, la disposition devient une sorte d'encouragement à la malhonnêteté. Les commerçants s'efforceront de n'avoir plus aucun actif de manière à décourager leurs créanciers et à éviter ainsi d'être déclarés en faillite. Cette conséquence indirecte de la règle en rend l'acceptation difficile.

Le législateur allemand a d'ailleurs essayé de remédier à cette situation par la disposition finale de l'article 107 : celui-ci prévoit qu'une liste des débiteurs dont la mise en faillite est ainsi rejetée sera tenue par le Tribunal à la disposition de tout intéressé. Lorsqu'un délai de cinq années se sera écoulé depuis le moment où la demande a été rejetée et que le débiteur sera resté inconnu, le nom sera rayé de la liste.

Cette disposition atténue dans une certaine mesure les inconvénients du système, puisque cette publicité ainsi faite de ceux qui arrivent à la faillite en ayant complètement dilapidé leur actif doit avoir pour conséquence de faire craindre cette situation. Cependant, lorsqu'il n'y a pas de fonds, les créanciers se trouvent toujours en présence du même problème : renoncer à

faire déclarer la faillite ou engager encore leur argent.

En Autriche (1) et en Hongrie (2) la réglementation en cas de manque de fonds dans une faillite est très voisine de celle que nous avons rencontré en Allemagne.

Les articles 66 de la loi autrichienne et 87 de la loi hongroise disposent que si les biens disponibles ne peuvent couvrir les frais de procédure, la faillite ne peut être déclarée que si les créanciers sont prêts à en supporter les frais ou s'ils en consignent le montant au Tribunal.

D'autre part, si c'est au cours des opérations de la faillite que se révèle l'insuffisance des fonds, le Tribunal doit, aux termes de l'article 154 de la loi autrichienne, mettre fin à la faillite. La même disposition est reproduite par l'article 165 du Code de Commerce hongrois. Comme en Allemagne, dans ce cas, la faillite prend fin complètement et avec elle cessent tous ses effets.

Les mêmes mesures de publicité sont également appliquées à ce jugement.

Il faut encore rapprocher de ces législations la loi du 30 septembre 1893 modifiée le 6 septembre 1895,

(1) Loi Autrichienne du 25 décembre 1868 modifiée le 16 mars 1884.

(2) Code de Commerce Hongrois du 19 mai 1875 modifié en 1881, trad. par Raoul de la GRASSERIE.

actuellement en vigueur dans les Pays-Bas (1). Nous avons signalé ci-dessus que le Tribunal pouvait ordonner la procédure gratuite (art. 16). Ce même article prévoit une alternative qui est le rapport du jugement de faillite.

On n'exige donc pas pour déclarer la faillite que l'actif soit suffisant pour payer les frais, mais, s'il ne l'est pas, on peut rapporter la faillite. Et, lorsque la faillite a été ainsi rapportée, on rencontre alors la même exigence qu'en Allemagne pour une deuxième demande en déclaration (art. 18).

La décision qui rapporte la faillite est soumise à la publicité.

Nous allons maintenant examiner rapidement quelques législations qui, sans exiger pour que la faillite puisse être déclarée que le demandeur justifie d'un actif de valeur suffisante pour payer les frais, mettent à sa charge soit une partie soit même la totalité des frais de la procédure.

En Norvège, la loi du 6 juin 1863 complétée par celle du 3 juin 1874 (2) dispose dans son article 20 que, lorsqu'il est établi qu'une masse de faillite est insuffisante pour payer les frais de la procédure à laquelle elle donne lieu, cette procédure est arrêtée à moins qu'il

(1) Lois Commerciales de l'Univers, T. 28, Pays-Bas, p. 118.

(2) Les lois Commerciales de l'Univers, T. 23, Norvège, p. 153.

ne soit fourni une caution pour le paiement des frais qu'elle entraîne.

Ainsi cette loi ne se préoccupe pas de l'actif au moment de rendre le jugement déclaratif : elle n'envisage la possibilité d'insuffisance de l'actif qu'au cours des opérations.

Le même article 20 ajoute « les frais déjà courus » sont supportés par celui qui a requis l'ouverture « de la faillite ».

L'on voit encore ici l'idée du législateur qui ne veut pas de faillite sans fonds.

Cette disposition relative aux frais déjà courus est, de toute évidence, un obstacle au libre exercice des demandes en déclaration de faillite.

En Suisse, la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 modifiée le 28 juin 1895 (1) ne demande pas non plus la justification de l'existence d'un actif quelconque au moment de la demande en faillite mais son article 169 dispose que le créancier qui requiert la faillite est responsable des frais qui sont faits jusqu'à la première assemblée de créanciers ; et l'article ajoute que le juge peut exiger que le créancier en fasse l'avance.

Enfin, nous allons examiner les règles établies au Danemark par la loi du 25 mars 1872 (2). Cette légis-

(1) MARTIN. Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

(2) Lois Commerciales de l'Univers, T. 24 Danemark, p. 143.

lation qui procède toujours de la même idée que les précédentes, se distingue d'elles par le fait que le créancier, responsable des frais exposés, peut, de lui-même, se dégager de cette charge.

L'article 97, en effet, dispose que, si pendant le cours de la faillite, il est établi que la masse est insuffisante pour couvrir les frais de la procédure, celle-ci est close et les frais qui ne sont pas couverts sont payés par celui qui a requis l'ouverture de la faillite.

Ces frais peuvent être assez élevés si on ne s'est aperçu qu'assez tard de l'insuffisance de l'actif et que les opérations soient déjà avancées.

C'est ici qu'intervient la disposition particulière de la loi danoise. Le créancier qui a requis la faillite peut, quand il a des doutes à l'égard de l'importance de l'actif, se libérer de tout engagement ultérieur de la manière suivante. Il doit déclarer dans le procès-verbal de faillite qu'il considère la masse comme insuffisante pour subvenir aux frais nécessités par la continuation des opérations et qu'en conséquence il déclare qu'il n'entend pas les supporter. Les créanciers doivent alors être convoqués pour se prononcer sur la question de savoir s'il veulent prendre les frais à leur charge. Si ces créanciers déclarent qu'ils ne sont pas prêts à les supporter, celui qui a requis la faillite peut exiger que la procédure prenne fin immédiatement.

Cette règle spéciale nous paraît assez heureuse. En effet, si elle n'existait pas, les créanciers n'oseraient

pas toujours demander une faillite de crainte d'être engagés dans des frais excessifs. Ici, au contraire, chacun peut mesurer l'étendue exacte de la responsabilité qu'il prend, sachant qu'il peut, dès l'ouverture de la faillite, en demander la clôture si les autres créanciers ne veulent pas s'associer avec lui pour supporter les divers frais à exposer pour la continuation des opérations.

Telles sont les observations que nous avons cru devoir présenter au sujet des diverses mesures prises dans les législations étrangères pour remédier à la situation souvent critique créée par le manque de fonds pour suivre les opérations des procédures instituées en cas de déconfiture.

CONCLUSION

Ainsi que nous l'avons vu au cours de cette étude, la clôture pour insuffisance d'actif telle qu'elle a été organisée en France par la loi de 1838 présente de graves inconvénients.

Bien que la décision qui la prononce ne soit pas publiée et que le jugement déclaratif de faillite ne soit pas soumis à une publicité permanente, la clôture laisse subsister le dessaisissement et la situation qu'elle crée ainsi risque de se prolonger indéfiniment si jamais ne se révèle un actif suffisant pour reprendre les opérations. Pendant tout le temps qu'elle dure, le failli ne recouvre pas la libre disposition de ses biens et tous les actes qu'il peut faire à leur sujet n'ont aucune valeur. Que plusieurs années ou même plusieurs dizaines d'années se soient écoulées après la clôture et qu'ainsi le souvenir du jugement déclaratif de faillite ait complètement disparu, peu importe : les actes passés par le failli pourront toujours être attaqués par le syndic, et cela malgré la bonne foi des tiers qui ont contracté avec le débiteur (1). Cette solution est

(1) PERCEROU, dans la collection THALLER I. n° 497, II n° 1481.

juridique mais bien peu équitable dans sa rigueur et l'on ne peut nier qu'elle soit de nature à compromettre gravement le crédit public.

Nous avons vu d'autre part que si la réforme introduite en 1838 dans notre législation avait alors permis d'atteindre le but recherché, c'est-à-dire notamment avait fait diminuer le nombre des faillites arrêtées faute de fonds, il n'en était plus de même aujourd'hui. Depuis la suppression de la contrainte par corps, et malgré la tentative de la loi du 4 mars 1889, les chiffres que nous avons cités sont malheureusement trop éloquents et établissent que le nombre des faillites clôturées pour insuffisance d'actif n'a jamais été plus élevé qu'actuellement. Cette constatation alarmante doit évidemment nous amener à penser que l'institution a perdu de sa vertu préventive et qu'elle n'est sans doute plus en rapport avec les autres dispositions de notre législation ni surtout avec l'état d'esprit des commerçants de notre époque.

En présence des inconvénients attachés à la clôture pour insuffisance d'actif et de l'augmentation sans cesse croissante du nombre des faillites clôturées, nous avons pensé qu'il serait bon, en terminant cette étude, d'examiner les réformes qui pourraient être envisagées ou les mesures de nature à apporter des améliorations à la situation en face de laquelle nous nous trouvons actuellement.

Il est bien évident que l'on ne peut songer à suppri-

mer purement et simplement l'institution pour revenir à la carence de la législation antérieure à 1838 (1). La clôture, en effet, présente un grand avantage en restituant aux créanciers leur droit de poursuite individuelle, ce qui permet ainsi de suppléer à l'inaction possible du syndic.

Mais l'on pourrait se demander s'il n'y aurait pas intérêt à la supprimer pour la remplacer par l'ensemble de mesures que nous avons rencontrées dans le système allemand dont nous avons donné ci-dessus rapidement les principales caractéristiques.

Cette solution nous paraîtrait bien difficile à introduire en France.

En premier lieu, elle ne se trouverait pas en harmonie avec l'ensemble de notre législation de la faillite. Le système allemand repose en effet sur ce principe qui régit toute la procédure du concours que le dessaisissement ne s'applique pas aux biens à venir et qu'il disparaît (avec la faillite puisqu'elle est rapportée) quand il n'y a pas de fonds pour suivre les opérations. Un principe de cette nature ne pourrait pas, à notre avis, trouver sa place dans la loi française qui est basée sur la règle justement inverse que le dessaisissement s'applique aux biens à venir et que le failli ne peut plus retrouver la libre disposition

(1) PERCEROU dans la collection THALLER II. n° 1480. — LYON-CAEN et RENAULT, VIII n° 786. — THALLER. Les faillites en Droit Comparé, II, n° 205.

des biens qu'il peut acquérir avant que les opérations n'aient pris fin par un concordat ou par l'union. La solution allemande est évidemment plus conforme à la sécurité du crédit public, mais elle déroge au principe de l'égalité et n'est pas conforme à l'équité et à la bonne foi qui voudraient que l'on affecte tous les biens du failli à ses anciens créanciers plutôt que de lui permettre d'en disposer comme il l'entend (1).

D'autre part, la disposition de l'article 107 du Code de Commerce allemand nous paraît présenter des inconvénients aussi graves que ceux de notre clôture. Elle permet bien, en effet, d'éviter un trop grand nombre de faillites dans lesquelles l'actif est insuffisant pour suivre les opérations, mais à quel prix ce résultat est-il obtenu ? L'obligation mise à la charge du créancier qui demande la faillite de s'engager à supporter les frais s'il ne peut justifier d'un actif suffisant, est, de toute évidence, un obstacle considérable apporté au libre exercice du droit de poursuites : on comprend bien, en effet, que cette charge sera souvent pour le créancier qui a déjà perdu son argent, une raison suffisante pour ne pas introduire une demande en déclaration de faillite. Il faut ajouter que ce seront souvent les plus malhonnêtes et non les plus malheureux parmi les commerçants qui, ayant dissimulé ou dilapidé tout leur actif, éviteront ainsi

(1) V. Note PERCEROU sous Dijon 23 mars 1905, D. 1908. 2. 57.

la faillite. Ces critiques que l'on peut adresser à la loi allemande sont, à notre avis, autant de raisons qui nous permettent de penser qu'une disposition de cette nature ne pourrait pas être introduite dans notre législation.

Mais, sans supprimer la clôture pour insuffisance d'actif, ni la remplacer par un système se rapprochant des lois du groupe allemand, ne pourrait-on pas trouver des moyens de la rendre plus rare ?

D'abord, il semble bien que l'on pourrait s'engager plus avant dans la voie tracée par l'article 461 du Code de Commerce, aux termes duquel l'Etat doit faire l'avance des premiers frais (1). La liste en est encore bien courte et il serait peut-être très profitable que l'Etat prenne les frais à sa charge jusqu'à un degré avancé de la procédure.

D'autres législations se sont d'ailleurs inspirées de cette idée. Le Code italien, par exemple, dispense l'inventaire des frais de timbre et d'enregistrement et il met à la charge de l'Etat le règlement provisoire des frais, si la faillite manque d'argent, depuis le jugement déclaratif jusqu'à la clôture pour insuffisance d'actif.

En Belgique, la loi du 26 décembre 1882 a élargi

(1) THALLER, Des faillites en droit comparé, II, n° 206. — LYON-CAEN et RENALT, VIII n° 786. — SABATIER. Essai sur les faillites clôturées pour insuffisance d'actif, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 1878, p. 344 et suivantes.

également les dispositions de notre article 461, sans cependant mettre, comme en Italie, à la charge de l'Etat toutes les avances qui sont à faire. La gratuité ne s'applique qu'aux procès-verbaux de vérification et d'excusabilité et aux actes conservatoires des quarante premiers jours. Mais, dans tout cela, le Trésor ne paie que les frais d'insertion du jugement déclaratif. Pour le reste, les actes sont timbrés et enregistrés en debet et les officiers publics doivent prêter leur ministère sans rémunération. Ce système ressemble dans son application à celui de l'Assistance Judiciaire et c'est ainsi que l'on a pu dire que la loi du 26 décembre 1882 avait introduit en Belgique l'Assistance Judiciaire en matière de faillite.

Enfin, dans le même ordre d'idée, M. Thaller a proposé l'organisation d'une caisse commune de toutes les faillites, destinée à assurer la marche normale des opérations des plus pauvres (1). Le but de ce fonds spécial serait de pourvoir au paiement des frais de toutes les faillites à charge de remboursement par celles dont l'actif se révélerait suffisant. Un auteur italien, M. Lanza qui avait déjà émis cette idée, en traitant « des réformes en matière de faillite », proposait d'alimenter ce fonds au moyen de retenues de peu d'importance opérées sur le produit des actes judiciaires.

Pour faire diminuer le nombre des clôtures pour

(1) Des Faillites en Droit Comparé, II n° 206.

insuffisance d'actif on a pensé aussi à un autre moyen qui permettrait d'inspirer à nouveau au failli la crainte qu'il éprouvait de la clôture avant la loi du 22 Juillet 1867 qui a supprimé la contrainte par corps en matière commerciale.

On a proposé, en effet, de donner au Tribunal, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, un pouvoir d'appréciation des actes du failli qui ont provoqué cette absence complète de fonds. Si cette carence est uniquement due à des circonstances indépendantes de la volonté du débiteur, on ne peut évidemment lui en faire grief. Mais ce sera là un cas bien exceptionnel. La pratique permet, en effet, d'observer que c'est bien plus souvent par des moyens répréhensibles que le failli sera parvenu d'abord à tromper ses créanciers sur sa situation réelle et ensuite à retarder sa mise en faillite jusqu'au moment où il ne possède plus aucun actif pour faire face aux frais de la procédure.

Dans ce cas, il faudrait être sévère (1). Il y aurait lieu de considérer la clôture pour insuffisance d'actif comme un véritable délit pénal que l'on pourrait, par exemple, placer parmi les cas énumérés par l'article 586 du Code de Commerce, constitutifs de la banqueroute simple. Lorsque le failli serait ainsi poursuivi par cette voie, le syndic aurait la faculté de se porter

(1) SABATIER, Essai sur les Faillites clôturées pour insuffisance d'actif, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1878, p. 344 et suivantes.

partie civile au nom de la masse et d'obtenir à son profit une condamnation à des dommages et intérêts, à raison du préjudice causé aux créanciers. Une fois cette condamnation obtenue, le syndic pourrait naturellement en poursuivre l'exécution, mais l'avantage de la mesure serait de lui permettre d'agir par voie de contrainte par corps. En effet, la contrainte a été maintenue en matière pénale par la loi du 22 juillet 1867, notamment pour obtenir le paiement de dommages-intérêts dus à raison d'un délit. On reviendrait donc ainsi indirectement à un régime voisin de celui qui existait antérieurement à la loi de 1867, et, la clôture pour insuffisance d'actif pouvant donner lieu à nouveau à la voie rigoureuse d'exécution qu'est la contrainte par corps, il n'est pas douteux que les commerçants auraient le même souci qu'avant 1867 de ne pas s'y voir soumis. On arriverait ainsi certainement à une diminution du nombre des faillites clôturées pour insuffisance d'actif.

Cette suggestion paraît bien séduisante et il semble que l'on ne pourrait trouver que des avantages à l'adopter. Cependant, il y a lieu de remarquer qu'elle ne permet d'aboutir aux résultats recherchés qu'à la condition que la plainte en banqueroute soit prise en considération et que d'autre part le syndic se soit constitué partie civile.

Or, il semble bien qu'à l'heure actuelle les tribunaux de répression soient de moins en moins portés

à accueillir favorablement les plaintes déposées contre les faillis.

D'autre part, la constitution de partie civile implique toujours une consignation et l'on se demande comment le syndic qui ne peut trouver un actif suffisant pour suivre les opérations découvrirait des fonds pour faire la consignation sans laquelle il ne sera généralement pas suivi sur la plainte.

Il faudrait donc, pour que cette réforme puisse produire tous les effets que l'on peut en attendre, qu'elle fût combinée avec la première série de mesures que nous avons envisagées et qui ont en vue la diminution des frais, la prise en charge par le Trésor ou l'organisation d'un système se rapprochant de l'Assistance Judiciaire.

Il est permis d'espérer qu'avec un ensemble de dispositions de ce genre on parviendrait à obtenir la diminution du nombre des clôtures et son retour aux proportions qui ont suivi la loi de 1838.

A côté de ces réformes qui ont pour but la réduction de la quantité des faillites clôturées, il en est d'autres sur l'importance et l'urgence desquelles nous ne saurions trop insister. Nous voulons parler de celles qui ont en vue le maintien du crédit public par la protection des tiers qui traitent avec le failli après la clôture des opérations.

Nous avons signalé, en effet, à diverses reprises les dangers auxquels ces tiers étaient sans cesse exposés

et nous avons fait remarquer que la bonne foi dont ils avaient pu faire preuve n'était pas suffisante pour faire considérer comme valable à l'égard de la masse l'opération qu'ils avaient faite avec le failli.

Et pourtant, ces tiers sont bien excusables. Comment exiger d'eux, en effet, que quinze ou vingt ans après qu'une faillite a été déclarée, ils aient encore le souvenir de la situation exacte de leur débiteur, alors que le jugement déclaratif n'est pas publié dans des conditions leur permettant de se renseigner facilement et que le jugement de clôture des opérations n'est soumis à aucune publicité ? Il importe au plus haut point, à notre avis, d'apporter à cette situation les remèdes que commande impérieusement l'équité.

Une première solution consisterait à dire qu'une personne qui deviendrait débitrice après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif pourrait valablement se libérer entre les mains du failli, à moins que l'existence de la faillite ne soit effectivement portée à sa connaissance par une opposition régulière du syndic, par exemple.

Une pareille disposition aurait évidemment comme avantage de protéger les tiers d'une façon absolue. Cependant, cela nous paraît difficilement réalisable. Il est bien rare, en effet, que le syndic ait à temps connaissance des éléments d'actif qui se révèlent ainsi, pour pouvoir prendre les dispositions nécessaires pour sauvegarder les droits de la masse des créanciers.

D'autre part, il nous semble qu'une disposition de ce genre irait par trop directement à l'encontre des principes de notre législation de la faillite et notamment de celui qui veut que la faillite soit toujours réputée connue de tous.

C'est, à notre avis, dans une publicité suffisante qu'il faut chercher le remède. Celle-ci doit être organisée de telle manière que l'on puisse facilement obtenir des renseignements sur celui avec lequel on veut contracter et qu'il soit ainsi permis de considérer comme vraiment inexcusable le tiers qui ignorerait l'état de faillite de celui entre les mains de qui il se serait libéré. On comprendrait dans ces conditions, que l'opération soit entachée de nullité et qu'un second paiement soit exigé.

Nous estimons que, pour obtenir un pareil résultat, il faut organiser une publicité permanente de la faillite.

A cet égard, on a suggéré (1) de mentionner le jugement déclaratif sur un registre spécial qui serait tenu au lieu de naissance du débiteur et dont chacun pourrait librement prendre connaissance. La publicité serait ainsi constante et efficace même après la clôture pour insuffisance d'actif. Mais on a fait justement observer (1) que cette réforme ne serait encore pas suffisante car il n'est pas dans les mœurs des com-

(1) V. note PERCEROU sous Dijon, 23 mars 1905, D. 1908, II. 57.

merçants de demander à leurs clients le lieu de leur naissance : il ne serait par conséquent presque jamais possible de se reporter au registre susceptible de fournir les renseignements utiles.

On avait encore pensé à la mention qui est faite des faillites sur le Casier judiciaire. Mais tel que celui-ci est organisé actuellement il ne peut encore servir à rien dans notre cas, puisque seul l'intéressé peut obtenir son propre bulletin n° 3 ; de plus aux termes de l'article 7 de la loi du 4 mars 1889, les liquidations judiciaires n'y sont pas mentionnées. Or, le commerçant en état de liquidation judiciaire est dessaisi au même titre que celui qui est en faillite et nous avons dit qu'à notre avis les opérations d'une liquidation judiciaire pouvaient aussi bien que celles d'une faillite être clôturées pour insuffisance d'actif.

Un autre système nous paraît mieux remplir les conditions du problème.

La loi du 18 mars 1919, complétée par le décret du 15 mars 1920 a organisé en France le Registre du Commerce. Il nous semble que l'on pourrait facilement utiliser cette institution pour atteindre le but que nous recherchons.

Ce registre, en effet, tenu par le Greffier du Tribunal de Commerce, contient l'immatriculation des commerçants français et étrangers ayant en France un établissement principal ou secondaire. Toute per-

sonne peut se faire délivrer copie sur timbre des inscriptions portées sur le registre.

D'autre part, un registre central est tenu à Paris, à l'Office de la propriété industrielle, afin que les intéressés puissent facilement connaître l'endroit où se trouve inscrite la personne sur laquelle ils veulent avoir des renseignements et les références qui leur permettront de les obtenir.

La loi du 18 mars 1919, art. 5 § 7 prescrit la mention au registre du Commerce des « jugements ou « arrêts déclaratifs de faillite ou de liquidation judiciaire, homologuant un concordat, en prononçant « la résolution ou l'annulation, déclarant l'excusabilité, clôturant les opérations de la faillite ou de la « liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, rapportant un jugement de clôture, les jugements ou « arrêts prononçant la réhabilitation ».

Cette disposition de la loi du 18 mars 1919 paraît bien établir la publicité permanente de la faillite que nous jugeons indispensable. Il semble qu'il doit être bien aisé pour tout commerçant d'obtenir, sans questionner son client, tous les renseignements qu'il peut désirer et qu'il sera difficile à un tiers de déclarer qu'il s'est libéré envers un failli avec bonne foi, car il se serait rendu coupable d'une imprudence bien grave en ne se renseignant pas comme il pouvait le faire.

Mais ce sont là des garanties plus apparentes que réelles. En effet, le défaut d'inscription au Registre

du Commerce donne lieu à une amende de 16 à 200 francs. Cette sanction est si faible que bien des commerçants ne se conforment pas à la loi, malgré les rappels fréquents qui leur sont adressés par les Greffiers lorsqu'ils ont connaissance de leur qualité.

Il faudrait donc modifier légèrement la législation relative au Registre du Commerce pour que cette institution pût constituer effectivement un mode de publicité permanente de la faillite. Il serait nécessaire que le défaut d'inscription entraînât une sanction dont la gravité permette de compter d'une manière certaine sur l'observation des prescriptions légales.

VU : *Le Président,*
J. PERCEROU.

VU : *Le Doyen,*
H. BERTHELEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT FRANÇAIS

- THALLER et PERCEROU. — *Des faillites et banqueroutes*, Paris, T. I 1907, T. II 1913.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 3^e édition, Paris 1903.
- WAHL. — *Droit commercial*, Paris 1922.
- SABATIER. — *Essai sur les faillites clôturées pour insuffisance d'actif*, dans la *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, année 1878.
- RENOUARD. — *Traité des faillites*, 2^e édition, Paris, 1884.
- BEDARRIDE. — *Commentaires du Code de Commerce. — Faillites. — Banqueroutes Aix et Paris*, 1854-1864.
- ALAUZET. — *Commentaires du Code de Commerce*, Paris 1868-1871.
- BRAVARD et DEMANGEAT. — *Traité de Droit Civil*, Paris 1862-1886.
- BOISTEL. — *Droit commercial*, 3^e édition, Paris 1884.

DROIT ETRANGER

- THALLER. — *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887.
- LYON-CAEN. — *Loi anglaise de 1883 sur les faillites* (Extrait du *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1888), Paris 1888.

DE BONNEMAINS. — Voinesco (Romulus P.). *Loi roumaine sur la faillite* (20 juin 1895), Paris, 1896.

NAMUR. — *Code de Commerce belge révisé*, Paris 1876-1877.

PICARD-SIVILLE. — *Code de Commerce annoté et Lois commerciales usuelles*, Bruxelles 1909.

TURREL. — *Code de Commerce italien*, Paris 1892.

PRUD'HOMME. — *Code de Commerce espagnol*, Paris 1891.

PRUD'HOMME. — *Code de Commerce chilien*, Paris 1892.

PRUD'HOMME. — *Code de Commerce argentin*, Paris 1893.

PRUD'HOMME. — *Code de Commerce mexicain*, Paris 1894.

LEHR. — *Code de Commerce portugais*, Paris 1889.

RUPPERT. — *Code du Commerce, de l'Industrie et du Travail en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg 1915.

CARPENTIER. — *Code de Commerce allemand*, Paris 1896.

DE LA GRASSERIE. — *Code de Commerce hongrois*, Paris 1894.

DE LA GRASSERIE. — *Code de Commerce suédois*, Paris 1895.

MARTIN. — *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 1908.

LOIS COMMERCIALES DE L'UNIVERS. — Finlande, Pays-Bas, Norvège, Danemark.

ANNUAIRE DE LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1 à 18

PREMIÈRE PARTIE

De la Clôture pour insuffisance d'actif 19

CHAPITRE I. *Conditions du prononcé de la clôture*

SECTION 1. *Conditions de fond*

I. Quand et à quelles conditions, l'insuffisance de l'actif est-elle de nature à faire prononcer la clôture	21 à 25
II. Jusqu'à quelle époque le Tribunal peut-il clôturer une faillite pour insuffisance d'actif . . .	26 à 28
III. De la clôture pour insuffisance d'actif en matière de liquidation judiciaire	28 à 31
IV. De la clôture pour insuffisance d'actif en matière de sociétés	31 et 32

SECTION 2. *Conditions de forme*

I. Nécessité d'un jugement.	32 et 33
II. Publicité du jugement	33 et 34
III. Le jugement de clôture est-il susceptible de voies de recours ?	34 à 36

CHAPITRE II. *Les effets du jugement de clôture* 37

SECTION 1. *Restitution du droit de poursuite individuelle.*

I. But de cette restitution.	39 et 40
II. Conséquences de cette restitution.	
A) Exercice de la contrainte par corps	40 et 41
B) Exercice du droit de saisie.	41 et 42
C) Exercice des actions en justice.	42 à 44
III. Restriction à la reprise du droit de poursuite individuelle.	44 et 45

SECTION 2. *Subsistance de l'état de faillite* 46

I. Maintien des incapacités d'ordre politique et professionnel	47
II. Maintien du dessaisissement	48
A) Impossibilité pour le failli de recevoir ou de faire un paiement opposable à la masse	49 et 50
B) Impossibilité pour le failli de contracter des obligations opposables à la masse	51
C) Impossibilité pour le failli d'intenter une action en justice sans le concours du syndic . .	51 et 52
III. Maintien des fonctions du syndic.	52 à 55
IV. Limites au maintien du dessaisissement.	
A) Exercice des droits et actions attachés à la personne	55 à 57
B) Biens insaisissables. Actes conservatoires. . .	57
C) Droit pour le failli d'exercer son activité.	
a) Le failli n'est pas un incapable	58 et 59
b) Exercice d'un nouveau commerce.	
1° Limites de ce droit	60
2° Conséquences de ce droit.	
— Actes d'administration	60 à 62

— Actions en justice	62
3° Droits des créanciers et du syndic. . .	62 à 64
4° Y a-t-il lieu, en cas de mauvaises affaires, à seconde déclaration de faillite ?	64 à 69

DEUXIÈME PARTIE

De la réouverture des opérations 70

CHAPITRE I. Conditions de la réouverture

SECTION 1. Conditions de fond

I. Jusqu'à quelle époque le Tribunal peut-il prononcer la réouverture ?	72
II. Conditions de la réouverture.	
1° Justification de l'existence de fonds suffisants pour suivre les opérations. . .	73 et 74
2° Le règlement préalable des frais de poursuites individuelles forme-t-il une seconde condition ?	74 à 77

SECTION 2. Conditions de forme

I. Nécessité d'un jugement	77 à 80
II. Publicité du jugement	80 et 81
III. Le jugement de réouverture est-il susceptible de voies de recours ?	82 et 83

CHAPITRE II. Les effets du jugement de réouverture

I. Disparition du droit de poursuite individuelle. . .	84
— Les sommes touchées sur poursuites individuelles doivent-elles être rapportées à la masse ?	84 à 87
— Annulation des avantages particuliers consentis pendant la clôture	87 à 89
II. Droits des divers créanciers après la réouverture des opérations.	

— Première hypothèse : Il n'existe pas de nouveaux créanciers	89 et 90
— Deuxième hypothèse : Il existe des nouveaux créanciers	90 à 95
Situation des nouveaux créanciers en cas de concordat après réouverture	95 à 98

TROISIÈME PARTIE

Droit comparé	101
SECTION 1 : Groupe français	105 à 113
SECTION 2 : Groupe allemand	113 à 122
CONCLUSION	123 à 136
BIBLIOGRAPHIE.	137 à 138



